

DU FONDEMENT
DE LA
CRÉANCE ALIMENTAIRE
DE L'ENFANT NATUREL
EN DROIT FRIBOURGEOIS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

PAR

HENRY DE BUMAN

CANDIDAT AU DOCTORAT EN DROIT

S'il est une loi qui m'a paru la honte de la civilisation, c'est celle qui interdit la recherche de la paternité, qui met ainsi le sexe le plus faible à la discrétion du plus fort et permet à l'homme de chasser celle qu'il a séduite, avec le fruit de ses entrailles.

Plaidoirie de M^e Jules Favre, aff. Armand.

(Droit, 26 mars 1864.)

FRIBOURG
IMPRIMERIE FRAGNIÈRE FRÈRES

—
1897

DU FONDEMENT

DE LA

CRÉANCE ALIMENTAIRE

DE L'ENFANT NATUREL

EN DROIT FRIBOURGEOIS

DU FONDEMENT
DE LA
CRÉANCE ALIMENTAIRE
DE L'ENFANT NATUREL
EN DROIT FRIBOURGEOIS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

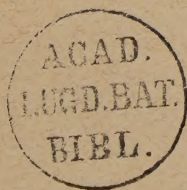
PAR

HENRY DE BUMAN

Candidat au doctorat en droit

S'il est une loi qui m'a paru la honte de la civilisation, c'est celle qui interdit la recherche de la paternité, qui met ainsi le sexe le plus faible à la discrétion du plus fort et permet à l'homme de chasser celle qu'il a séduite, avec le fruit de ses entrailles.

*Plaidoirie de M^e Jules Favre, aff. Armand.
(Droit, 26 mars 1864.)*



FRIBOURG
IMPRIMERIE FRAGNIÈRE FRÈRES

—
1897

SOURCES

- Accollas*. L'enfant né hors mariage. Paris, 1865.
- d'Aguesseau*. Œuvres du chancelier, Tome VII. Paris, 1772.
- Abrens*. Cours de droit naturel. Paris, 1868.
- Arndts*. Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1876.
- Augée Dorlhac*. De la condition juridique des enfants naturels. Paris, 1894.
- Bacquet*. Traité du droit de Bastârdise.
- Baron*. Pandekten. Leipzig, 1887.
- Blumer et Morel*. Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts. Schaffhouse, 1877.
- Brunetière*. La recherche de la paternité. « Revue des Deux Mondes », 15 septembre 1883.
- Buengner*. Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht; Leipzig, 1879.
- Bürcher*. Ueber die Zulässigkeit der Vaterschaftsklage. Berne, 1878.
- Coulet et Vaunois*. Etude sur la recherche de la paternité. Paris, 1880.
- Coquille, Guy*. Institutions du droit des françois. Paris, 1614.
- Demolombe*. Cours de code Napoléon.
- Dalloz*. Répertoire de Législation et de Jurisprudence. Paris, 1870.
- Delvincourt*. Cours de code civil.
- Dernbourg*. Pandekten. Berlin, 1889.
- Fracheboud*. Rapport de la commission du Grand Conseil, chargée d'examiner le projet de loi sur les enfants naturels. Fribourg, 1858.
- Gett*. Ueber die Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft. 1836.
- Gide, Paul*. De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine. (Voir: De la condition privée de la femme, p. 546. Paris, 1885.).
- de la Grasserie*. De la recherche et des effets de la paternité naturelle. Paris, 1893.
- Holtzendorff*. Rechtslexikon. Leipzig, 1875.
- Holzschuber*. Theorie und Casuistik des gemeinen Rechts. Leipzig, 1864, Vol. III.
- Huber, Eug.* System des schweizerischen Privatrechts. Bâle, 1886. Vol. I et IV.

- Jacquier*. Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle. Paris, 1874.
- Laurent*. Principes de droit civil français. Paris, 1887.
- Legoyt*. Des naissances illégitimes. « Correspondant. » 1^{er} février 1874.
- Martin, Alf.* Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil et le mariage. Genève, 1897.
- Mentha*. La recherche de la paternité (*Zeitschrift für schweizerisches Recht*). Nouvelle série. Vol. VII, p. 568.
- de Molinari*. La recherche de la paternité. « Revue des Deux-Mondes, » 1^{er} décembre 1875.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*. Vol. IV. Berlin et Leipzig, 1888.
- Pandectes françaises*, recueil de Jurisprudence et de Législation. Paris, 1886 à 1895.
- Protocoles* des séances de la *Petite commission* des 26 et 27 avril 1825 et 2 décembre 1832.
- Protocoles* des séances de la *Grande commission* des 11 et 12 avril 1826.
- Protocoles* des séances du *Grand Conseil* des 4 et 5 octobre 1832; 22 septembre 1833; 27 mai et 30 septembre 1850; 7 et 17 mars, 19 novembre 1858; 10 novembre 1859; 22 novembre 1860; 27 mai, 19 décembre 1862; 5, 19 et 25 mai, 13 novembre 1863; 17 mai 1869; 17, 18, 19, 21, 22, 23 et 24 novembre 1870; 3, 4 et 5 mai 1871; 10 mai 1871.
- Protocoles* du *Tribunal cantonal* des années 1872 à 1896.
- Protocole* de la *Cour de cassation* de 1895.
- Recueil officiel* des Arrêts du *Tribunal fédéral*, années 1888 et 1894.
- Roguin*. Conflits des lois suisses. Lausanne, 1891.
- von Roth*. System des deutschen Privatrechts. Vol. II. Tübingen, 1881.
- Secretan*. Les droits de l'humanité. Lausanne, 1890.
- Stobbe*. Handbuch des deutschen Privatrechts. Vol. IV. Berlin, 1884.
- Ullmer*. Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden. Zurich, 1862.
- Weber, Jost*. Das Recht der unehelichen Geburt in der Schweiz, 1860.
- Weill Alex.* Que deviendront nos filles ?
- Windscheid*. Lehrbuch des Pandektenrechts. Vol. II. Francfort, 1891.
-

INTRODUCTION

Charondas, législateur des Thuriens, s'il faut en croire Montaigne, « ordonna que quiconque voudroit ou abolir une des « vieilles loix, ou en establir une nouvelle, se présenteroit au peuple la corde au col, afin que si la nouvelleté n'estoit approuvée « d'un chacun, il feust incontinent étranglé ¹⁾ ». Ces Thuriens jouissaient sans nul doute d'un droit imperfectible, car l'histoire n'a transmis à la postérité le nom d'aucun novateur.

Nos lois civiles modernes n'étant pas jalousement sauvegardées par une aussi sévère sanction, il m'est permis, sans craindre de les profaner, d'y porter une main timide et de rechercher si la solution que l'une ou l'autre d'entre elles donne à tel ou tel point controversé, est parfaitement adéquate aux principes du droit comme à ceux de l'équité, et répond exactement aux besoins sociaux de notre époque.

L'homme est un être si imparfait que tout ce qu'il produit porte nécessairement la marque involontaire de ses défauts innés. Aussi, quelque soit la bonne volonté et le soin du législateur à se rapprocher le plus possible de la perfection, rencontre-t-on à chaque pas, dans l'étude de la loi positive, image indécise de l'immuable justice, des questions obscures, discutées dans tous les temps et dans tous les pays et dont la solution, souvent difficile, toujours délicate, intéresse le juriste comme le sociologue par leurs conséquences juridiques, économiques et morales.

Parmi ces questions d'un intérêt général, il en est une, celle de l'illégitimité dans les naissances, qui s'impose dès l'abord par le nombre et l'importance des problèmes qu'elle soulève : L'enfant naturel a-t-il un droit de créance alimentaire contre ses parents ; portera-t-il le nom de son père ou celui de sa mère ; quel est son droit de bourgeoisie ; est-il soumis à la puissance paternelle ; peut-il être adopté ou reconnu ; dans quelle forme aura lieu cette adoption ; quelle sera la portée de cette reconnaissance ; a-t-il un droit successoral quelconque envers l'un ou l'autre de ses auteurs, etc., etc. ?

¹⁾ Montaigne. Essais. Liv. I, ch. 22.

Je ne chercherai pas à résoudre successivement tous ces problèmes. Je n'en retiendrai qu'un seul, le premier, non le moins important par les intérêts qui sont en jeu et les conséquences qui en découlent, à celui qui, brutalement, se pose dès les débuts en ce monde du nouveau-né, et qui, par suite d'une récente motion, est tout d'actualité dans notre canton; je veux parler de la créance alimentaire de l'enfant contre son père naturel.

Laissant même de côté l'étude des droits des enfants adultérins ou incestueux, qui eux aussi sont des enfants naturels, mais forment une classe heureusement beaucoup moins nombreuse que la précédente, je m'occuperai exclusivement ici de l'enfant naturel simple, c'est-à-dire de celui qui, né d'une femme non mariée, veuve ou divorcée, n'a pas été volontairement reconnu par son père. Et encore n'ai-je nullement l'intention de faire dans ce travail une étude complète de droit civil comparé, ni d'épuiser la question, mais bien au contraire de la circonscrire et de la limiter, à la façon dont elle se trouve réglée, dans notre droit fribourgeois, par les articles 49 et suivants de la loi du 23 juin 1871 sur les enfants naturels.

Le père d'un illégitime peut-il être recherché pour les conséquences civiles du fait de la procréation? En d'autres termes, l'enfant naturel, qui n'est ni adultérin ni incestueux et qui n'a pas été volontairement reconnu par son père, a-t-il contre ce dernier, en droit fribourgeois, une action quelconque? quelle est cette action? sur quel principe repose-t-elle? Voilà en deux mots le sujet de ma thèse.

Mais avant d'entrer dans le vif de mon sujet, et pour expliquer cette partie spéciale de la loi de 1871, je rechercherai tout d'abord, d'une manière générale, quels sont les divers fondements sur lesquels on peut raisonnablement asseoir les obligations du père à l'égard de son enfant naturel, et en particulier la dette alimentaire. Je les examinerai à un point de vue purement théorique et objectif, intercalant, au cours de ces investigations, l'exposé succinct de la manière dont ces différentes bases ont été appliquées ou le sont encore, dans la législation de quelques Etats modernes.

Ce premier point éclairci, c'est-à-dire la pierre angulaire de ma dissertation trouvée, je passerai en revue, dans une partie historique, nos anciens coutumiers, décrets et ordonnances, les travaux préparatoires du code civil de 1835, le code civil lui-même, et enfin la campagne qui précéda l'élaboration de la loi nouvelle.

Ayant ainsi, d'une part, fixé théoriquement les bases des obligations du père naturel, et vu, d'un autre côté, ce qui avait été en vigueur jusqu'alors, il me sera facile de préciser, en toute connaissance de cause, la théorie adoptée par notre loi, et de dégager nettement le principe auquel on s'est arrêté.

Enfin, comme conclusion, je discuterai le principe en lui-même. La loi fribourgeoise doit-elle être approuvée ? la preuve de la paternité est-elle possible ? les objections tirées de l'ordre public sont-elles vraiment insurmontables ? L'interdiction de la recherche de la paternité offre-t-elle des avantages si grands, que les pays qui en sont dotés ne veuillent plus s'en défaire ? Ne pourrait-on, en un mot, trouver à cette question si grave une solution plus vraie, plus juste, se rapprochant davantage de la saine équité, que celle adoptée par le législateur de 1871 ?

CHAPITRE I.

DES DIVERS FONDEMENTS ASSIGNÉS AUX OBLIGATIONS DU PÈRE A L'ÉGARD DE SON ENFANT NATUREL

Le problème né de l'étude et de la discussion des diverses bases sur lesquelles on peut faire reposer les obligations du père vis-à-vis de son enfant naturel, est si complexe, si important par ses conséquences, il touche de si près aux points les plus sensibles et les plus délicats de la question sociale, que la tâche du législateur qui cherche à le résoudre sans trop sacrifier ni froisser les droits des intéressés, est pleine de difficultés et d'écueils.

Dès les premiers pas, on se trouve en présence de deux intérêts également puissants et également contraires : l'intérêt de l'enfant naturel et celui de la Société. Suivant que l'un ou l'autre l'emportera et fera pencher la balance à droite ou à gauche, la question sera résolue de deux manières diamétralement opposées, car ce que le premier exige, le second l'interdit.

L'intérêt de la Société réclame la prohibition absolue de la recherche en paternité. Le législateur doit, en effet, non-seulement veiller au maintien rigoureux de l'ordre social établi, au respect strict de la paix et de la morale publiques, protéger la tranquillité du foyer domestique, interdire que l'on porte la plus légère atteinte à la sainteté, au prestige et aux privilèges de l'union légale, le mariage, mais ce lui est encore un impérieux devoir de prendre telles mesures qu'il croira nécessaires pour éviter que l'honneur et la dignité des citoyens soient à la merci des dénonciations de filles publiques ou d'aventuriers. Les excès qui, en France, ont si tristement illustré l'Ancien Régime, et qui, après avoir inspiré l'éloquente parole des d'Aguesseau et des Servan, amenèrent la réaction, exagérée peut-être, que l'art. 340 du code Napoléon consacre, ne doivent pas se renouveler. Par tous les moyens possibles, il faut que la Société prévienne les scandales, fasse diminuer le nombre des faux

serments et des mensonges, réprime les calomnies, châtie le vice et le libertinage.

Ce rôle est plein de grandeur ; je comprends donc qu'on cherche à lui conserver son importance ; mais, sans se laisser éblouir par ces considérations d'un ordre élevé et respectable à coup sûr, il ne faut pas perdre de vue une chose, c'est que l'intérêt de la Société, si considérable soit-il, n'est pas seul en jeu : il y a encore l'intérêt de l'enfant, on l'oublie trop souvent. L'enfant naturel a des droits, et ces droits doivent être d'autant plus respectés et protégés, que leur possesseur est plus faible et plus isolé. En lui donnant le plus précieux de tous les biens, la vie, le procréateur n'est pas quitte envers son enfant : il a assumé des obligations dont il chercherait vainement à s'affranchir. L'enfant, en naissant, a le plus sacré de tous les droits, celui d'être nourri, vêtu, soigné, élevé, protégé par son auteur. C'est au père et à lui seul qu'il incombe de développer son intelligence, de pourvoir à ses besoins matériels aussi longtemps qu'il ne peut le faire lui-même, de fortifier son corps et son âme, de le préparer, en un mot, à l'opiniâtre lutte à laquelle il l'a appelé. Et si ce père est assez dépourvu de sens moral pour oublier ses devoirs ou ne pas les reconnaître, s'il cherche à s'y soustraire, la loi, vigilante gardienne des droits des faibles, permettra à l'enfant de le rechercher et la constatation légale de la parenté naturelle produira les mêmes effets que la parenté légitime. A côté de la protection de la famille, il est un devoir encore plus grand et plus puissant qui s'impose, c'est celui d'être juste, de ne favoriser personne, de rendre à chacun ce qui lui est dû. *Suum cuique*. Pourquoi les obligations existant entre le père légitime et l'enfant légitime n'existeraient-elles pas entre le père naturel et l'enfant naturel ? La base de ces obligations, la parenté, n'est-elle pas la même dans les deux hypothèses ? L'enfant naturel sera-t-il privé de ses droits, parce qu'il n'est pas au bénéfice d'une présomption légale et le vieil adage de Loysel : « qui fait l'enfant, doit le nourrir ¹⁾ », n'est-il plus vrai de nos jours ? Evidemment non. Il importe donc de réparer l'erreur sociale qui fait de l'enfant illégitime un coupable que l'on écarte avec rigueur, au lieu de le regarder comme un être innocent de la faute de ses parents, et par là seul, digne de sollicitude et de pitié.

¹⁾ Loysel, Institutions coutumières, I. 1. art. 41.

En s'attachant exclusivement à l'un des deux intérêts en présence, le législateur arrive logiquement, comme je l'ai dit en commençant, à l'un des deux systèmes extrêmes suivants :

Il *prohibera* d'une façon absolue, et *dans tous les cas*, la recherche de la paternité naturelle.

Ou bien, il *accordera* à l'enfant naturel, *dans tous les cas*, la permission de rechercher son père. Cette recherche produira alors la parenté proprement dite, attachée à la preuve de la paternité et des effets, identiques à ceux de la parenté légitime, en découleront.

Telle est la théorie pure.

En fait, ni l'un ni l'autre de ces systèmes absolus n'est admis, du moins à ma connaissance. ¹⁾

Dans la pratique, voici ce qui se passe.

Certaines législations *proclament* le principe de l'*interdiction* de la recherche en paternité ; mais, estimant que les précautions prises pour sauvegarder les intérêts de la Société sont suffisantes, *admettent* cette recherche, *dans certains cas* rigoureusement déterminés. Elles attachent alors, à la preuve de la paternité, des effets étendus et analogues à ceux produits par la parenté légitime : l'enfant porte le nom du père, est soumis à sa puissance paternelle, a droit aux aliments et peut prétendre à sa succession.

D'autres, au contraire, *permettent* très largement la recherche de la paternité *dans tous les cas*, reconnaissent formellement un lien de parenté entre l'enfant et son auteur ; mais, au lieu de tirer de la constatation de cette parenté, toutes les conséquences logiques qu'elle comporte, comme le fait le système précédent, la plupart ne lui font produire que des *effets très restreints*, en général une créance alimentaire en faveur de l'enfant.

Si le problème qui nous occupe trouve des solutions opposées dans ces diverses législations, il est à remarquer que celles-ci n'en ont pas moins un trait commun : elles admettent toutes que la paternité prouvée peut servir de support à un lien de *parenté* et que c'est précisément ce lien, et lui seul, qui entraîne pour le père des obligations plus ou moins étendues envers son enfant naturel.

¹⁾ En Russie cependant, le *Svod*, publié par l'empereur Nicolas I^{er}, en 1832, est absolument muet en ce qui concerne les droits des illégitimes ; on peut en inférer que la recherche y est interdite complètement et que l'enfant naturel est sans famille. (E. Lehr, *Eléments de droit civil russe* ; Augée Dorlhac, p. 263 ; de la Grasserie, p. 99.)

A ce premier groupe de systèmes, on peut en opposer un tout autre, d'après lequel il n'y a, et ne peut jamais y avoir aucune parenté entre le père et l'enfant, à l'exception du cas de reconnaissance volontaire. S'il existe vraiment des obligations à la charge du père, elles ne peuvent découler naturellement que des relations sexuelles (*stuprum*) qui sont un acte défendu, un *délit*. La créance alimentaire de l'illégitime est une *obligatio ex delicto*, et sa prestation est exigible en vertu de cet axiome que quiconque cause sans droit un dommage à autrui est tenu d'en supporter les conséquences et de le réparer.

La *parenté* et le *délit*, tels sont donc les deux fondements que l'on peut logiquement donner aux obligations du père à l'égard de son enfant naturel.

Dans un exposé purement théorique, confirmé par la relation de ce qui est ou a été admis dans certains pays voisins, j'étudierai successivement chacune de ces bases et terminerai ce premier chapitre par l'examen des conséquences différentes auxquelles on aboutit, suivant que l'on part de l'un ou de l'autre principe, parenté ou délit.

§ I.

La Parenté.

J'ai dit plus haut, qu'en admettant la parenté comme le fondement des obligations du père, le législateur pouvait, en théorie et suivant le point de vue auquel il se place, autoriser ou interdire la recherche de la paternité. Cette alternative dénote un désaccord complet entre les auteurs, et prouve qu'aux yeux de certains d'entr'eux cette recherche présente de majeurs inconvénients. Ceux-ci ne consistent pas dans l'étendue plus ou moins grande des effets attachés à la parenté naturelle, supposée prouvée, mais bien dans les facilités trop considérables accordées à l'enfant pour établir la paternité.

Je n'ai qu'à parcourir les comptes rendus des séances du Corps Législatif français et l'exposé des motifs accompagnant le projet de Code Civil, le tableau de ces inconvénients y est largement traité, complet, brillant, parfois même trop vigoureux.

« Depuis longtemps dans l'ancien régime, s'écrie Bigot-

« Préameneux, un cri général s'était élevé contre les recherches de paternités. Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure, celui même dont les cheveux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les vertus, n'était point à l'abri de l'attaque d'une femme impudente, ou d'enfants qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. En un mot, les recherches de la paternité étaient regardées comme le fléau de la société ¹⁾. »

L'action en paternité n'était plus, comme jadis, la revendication loyale d'un droit. C'était une opération, un calcul, une impudente tentative de chantage, faisant appel aux sentiments les plus bas, mettant en œuvre les moyens les plus vils et les plus abjects : le mensonge, la calomnie, les témoignages achetés ou complaisants, le parjure, rabaissant la Justice dans des débats scandaleux où s'étaient à plaisir le dévergondage et l'impudeur. La confiance primitive que l'on avait dans le serment de l'accouchée diminuait insensiblement et finit par disparaître.

D'Aguesseau, le premier, dans un procès qui eut un grand retentissement, prononça, comme avocat général, à la Grande Tournelle criminelle, un réquisitoire fameux, dans lequel il s'éleva avec force contre les abus consacrés par la jurisprudence ²⁾. D'autres magistrats ayant, après lui, distingué et séparé la séduction du rapt et de l'enlèvement, un revirement s'opéra. Quelques années plus tard, un autre avocat général, Servan, ne craignit pas de demander, sinon l'interdiction de la recherche en paternité, du moins l'abandon d'une maxime faite pour protéger les défaillances de la vertu et qui tournait au profit du vice ³⁾ : « Je croirai, disait-il, même sur ses faiblesses, le témoignage d'une fille qui se tait, et jamais celui

¹⁾ Séance du corps législatif du 20 Ventôse An XI (11 mars 1803).

²⁾ 13 août 1698. « Rien n'est plus dangereux que de faire connaître aux filles qui ne cherchent dans les procès en séduction qu'à tirer avantage de leur faute, un moyen de réparer les suites d'une séduction qui vient souvent de leur part, ou d'une débauche volontaire qui peut non seulement être un degré pour parvenir à un mariage, mais le rendre nécessaire et forcé, par la crainte d'une condamnation à des dommages-intérêts. »

³⁾ Plaidoyer prononcé devant le Parlement de Grenoble en 1770.

« d'une fille qui ose parler ; je croirai ses larmes et jamais ses
« récits. Que des parents demandent à une fille encore pudique
« quel est l'auteur de sa honte, qu'ils le nomment, qu'ils la pressent
« de l'avouer.... elle pleure, voilà tout l'avoué que la pudeur peut
« proférer. Mais quand on voit une fille se présenter à un tribunal
« pour lui dévoiler son affreux état, en nommer l'auteur, désigner
« les époques, faire consacrer à ses yeux l'histoire de son infamie,
« quand, après un pareil malheur, une fille se montre encore sen-
« sible à l'intérêt, quand elle ose envisager les dédommagements
« pour une perte qui n'est bien sentie qu'autant qu'on la croit
« inestimable, alors on doit se dire : Voilà une fille qui a franchi
« toutes les barrières de son sexe, je m'en défie, non parce qu'elle a
« commis une faute, mais parce qu'elle a conçu et exécuté le dessein
« de la publier ¹⁾.... » Le discours de l'austère magistrat fit un bruit
énorme : la maxime *creditur virgini*, si vivement attaquée, ne s'en
releva pas, et, du même coup, la recherche de la paternité fut
atteinte.

Aussi, lorsque la Convention nationale entreprit d'effacer les
« *préjugés* » qui pouvaient exister contre les illégitimes, ne ferma-t-
elle pas l'oreille « à la voix incorruptible de la nature pour consacrer
« à la fois et la tyrannie de l'habitude et l'erreur des juriscon-
« sultes ²⁾. » Mais, tout en assimilant les enfants naturels aux légi-
times, sous le prétexte, sans doute, que le droit de se reproduire
est au nombre des droits imprescriptibles de l'Humanité, s'abstint-
elle soigneusement de leur accorder le droit de rechercher leur
père.

La loi du 12 Brumaire An II (novembre 1793), votée à la
hâte, en attendant le code civil alors en préparation, fit entrer dans
la famille les enfants naturels, à l'exception des incestueux et des
adultérins ; ces derniers eurent droit néanmoins, à titre d'aliments,
au tiers de la portion qu'ils auraient dû avoir s'ils avaient été légi-
times ³⁾.

Les avantages attribués aux enfants naturels par cette loi sont
dûs aux efforts du rapporteur, Cambacérès, qui ne craignit pas de

¹⁾ Coulet et Vaunois, p. 16.

²⁾ Rapport de Cambacérès à la Convention, séance du 4 juin 1793.

³⁾ Loi du 12 Brumaire An II, art. 13.

réclamer une assimilation complète des adultérins aux autres illégitimes, « les différences établies entr'eux sont l'effet de l'orgueil et « de la superstition, disait-il; elles sont ignominieusement contraires « à la justice. Dans un gouvernement basé sur la liberté, les indigents ne peuvent être victimes des fautes de leur père ¹⁾. »

Tout en améliorant leur situation au point de vue successoral, la loi de Brumaire causait un préjudice sensible aux enfants naturels, en prohibant formellement toute espèce de recherche en paternité. Il eût été infiniment préférable de réglementer cette recherche, de la soumettre à des conditions précises, qui lui auraient permis de rendre des services, tout en faisant disparaître les inconvénients qu'on lui reprochait. Dorénavant, la preuve de la filiation naturelle ne put résulter que d'une reconnaissance faite par le père « dans les formes prescrites par la loi, » c'est-à-dire devant un officier d'état-civil et accompagnée de certaines conditions de nature à empêcher toute supposition de part.

Il faut croire que les tribunaux inférieurs ne connurent pas tous cette loi ou que ses dispositions leur parurent peu claires. Toujours est-il que le Comité de législation, au nom de la Convention, dut rappeler certains d'entr'eux, qui accueillaient encore fréquemment des actions en paternité, à l'observation stricte de la loi ²⁾.

Le Consulat succéda au Directoire, et le 24 Thermidor An VII, Bonaparte nomma la Commission chargée de l'élaboration d'un projet définitif de code civil.

Le 26 Brumaire An X ³⁾, le Conseil d'Etat eut à s'occuper de la question de la recherche en paternité, mais, sauf Defermon qui osa présenter une timide observation en faveur d'une allocation de dommages-intérêts à l'enfant, tous les membres furent d'accord pour interdire la recherche de la paternité, le premier Consul en tête.

Lors de la discussion en assemblée générale du Corps Législatif ⁴⁾, les orateurs du Tribunat protestèrent énergiquement contre

¹⁾ Rapport de Cambacérès sur la loi du 12 Brumaire, Moniteur du 11 Brumaire An II.

²⁾ Circulaire du 6 Floréal An III, signée Berlier, président.

³⁾ 17 novembre 1801.

⁴⁾ Séances des 4, 5, 6 et 7 Nivôse An X.

l'interdiction et l'un d'eux, Andrieux, qualifia cette mesure de « maxime de fer. » Cinq jours après le vote défavorable qui suivit, le projet fut retiré et la composition du Tribunat ayant été modifiée ¹⁾, l'art. 340 fut voté tel qu'il existe encore aujourd'hui ; on peut donc dire qu'il est l'œuvre personnelle de Napoléon.

Les conséquences en sont terribles. Voici ce que dit à ce sujet M. Tholosan : « L'homme du monde peut laisser chez lui, dans la « solitude, la femme qu'il a liée à sa vie, à laquelle il a donné son « nom. Il ira dans la rue voisine vivre avec une autre femme, la « meubler, l'entretenir, la couvrir de dentelles et de bijoux : sa « femme légitime le saura et ne pourra pas intervenir ; elle n'a qu'à « se taire et à souffrir. L'homme a un bouclier, c'est le code civil, « qui l'autorise à faire ce qui lui plaît sans avoir à en rendre raison. « La loi est donc contre la femme. Pour s'y soustraire, elle n'a « d'autres ressources que le scandale public, la séparation de biens, « le divorce. Ce n'est pas tout. L'homme a le droit de séduction. Il « peut être polygame ; pourvu qu'il n'inscrive pas le fait sur les « registres de l'état-civil, la loi n'a rien à lui reprocher. Prendre le « porte-monnaie d'une femme est plus grave aux yeux de la loi que « lui prendre son honneur. L'homme peut la poursuivre de ses « obsessions, la tromper par ses mensonges, l'illusionner par ses « promesses, la vaincre le jour où elle a faim, où elle sollicite du « travail, puis la trahir en l'abandonnant, elle et son enfant. Il peut « faire tout cela : la loi française le couvre de sa protection.... Le « vol, la diffamation sont punis : la loi ferme les yeux sur la séduc- « tion et l'abandon ; elle interdit la recherche de la paternité ²⁾. »

Après l'exposé des motifs de Bigot-Préamencu et les fougueuses interventions de Lahary ³⁾ et de Duveyrier ⁴⁾, on était en droit d'attendre de cette rhétorique déclamatoire un principe absolument pur, étant donné l'impression encore vivante des abus passés et surtout le point de vue extrême auquel s'était placé le projet.

Ce n'est pas le cas. Le législateur de 1803 n'a pas osé aller si loin : le système auquel il a donné la préférence est rigoureux, sans doute, c'est même probablement le plus rigoureux de tous ceux en

¹⁾ Andrieux et Benjamin Constant en furent exclus.

²⁾ L'Émancipation, N° du 15 décembre 1889.

³⁾ Séance du Tribunat du 21 Ventôse An XI.

⁴⁾ Séance du corps législatif du 2 Germinal An XI.

vigueur, mais ce n'est pas le plus absolu, le plus logique, théoriquement parlant, le plus conséquent avec le principe adopté, puisque, après avoir posé la prohibition de la recherche en paternité comme fondement de son système, il admet une exception : l'enlèvement.

L'art. 340 dit en effet : « La recherche de la paternité est interdite, » puis aussitôt il ajoute : « Dans le cas d'enlèvement, lorsque à l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. Le code français, si draconien à l'égard des illégitimes qui ne sont pas au bénéfice de cette exception, est, par contre, très large dans les conséquences qu'il tire de la constatation de la paternité, en cas de rapt : tous les textes parlant d'enfants naturels « légalement reconnus » sont applicables à l'enfant dont la filiation est constatée juridiquement aussi bien qu'à celui au bénéfice d'une reconnaissance volontaire. L'enfant naturel prend la nationalité et porte le nom de son père ; ses parents ont sur sa personne et ses biens quelques-uns des droits (éducation, garde, administration, usufruit légal) et sont soumis à la plupart des obligations (dette alimentaire) résultant de la puissance paternelle.

Le système français de l'art. 340, cette « monstruosité morale et législative, » ainsi que le qualifiait Morelot ¹⁾, a été cependant trouvé bon. D'autres codes l'ont reproduit, beaucoup s'en sont inspirés et plusieurs des Etats auxquels Napoléon l'avait imposé par les armes l'ont conservé.

La Belgique ²⁾, la Hollande ³⁾, la Roumanie ⁴⁾, le code civil du canton de Genève ⁵⁾ et celui du *Jura bernois* ⁶⁾ reproduisent textuellement la disposition de l'art. 340. Il en est de même en Pologne ⁷⁾.

A côté de ces copies serviles, il est d'autres législations qui,

¹⁾ De la reconnaissance des enfants naturels, 336.

²⁾ Code Napoléon, art. 340.

³⁾ Code civil du 11 octobre 1838.

⁴⁾ Code civil du 6 décembre 1864. Il est très sévère en ce qui concerne les rapports de l'enfant vis-à-vis de son père. Il lui refuse la créance alimentaire et l'exclut de la succession paternelle.

⁵⁾ Code civil, art. 340.

⁶⁾ Code Napoléon, art. 340.

⁷⁾ Loi du 23 juin 1825 (de la Grasserie, p. 102).

tout en s'inspirant du principe français, en corrigeant la sévérité et le tempèrent par l'admission de quelques exceptions spéciales.

Tels sont, par exemple :

Le *code italien* ¹⁾. Son art. 189 ajoute le cas de viol à celui d'enlèvement, et décide que l'enfant naturel ne pourra être introduit dans la maison conjugale qu'avec le consentement de l'autre époux, à moins que celui-ci n'ait déjà souscrit à la reconnaissance.

En *Espagne* ²⁾ et en *Portugal* ³⁾, la recherche en paternité est admise : 1° s'il existe un écrit du père avouant sa paternité ; 2° si l'enfant a la possession d'état ; 3° si le père prétendu s'est rendu coupable de viol ou de rapt, lorsqu'il y a coïncidence entre l'époque de ces faits et celle de la conception.

Le *Honduras* ⁴⁾ ajoute aux deux cas de viol et d'enlèvement celui de concubinage, c'est-à-dire celui où le père et la mère présumés vivent notoirement ensemble.

Le *code mexicain* ⁵⁾ interdit la recherche, sauf les cas classiques de viol et de rapt et ceux de possession d'état, ou encore si l'enfant peut prouver que son prétendu père s'est engagé à lui fournir des aliments.

Les codes des cantons de *Vaud* ⁶⁾, *Neuchâtel* ⁷⁾ et *Tessin* ⁸⁾ ont reproduit l'art. 340 avec adjonction du cas de viol.

Tel est, brièvement exposé, le système prohibitif, appelé aussi système français, qui, tout en reconnaissant un lien de parenté entre le père et l'enfant, en interdit la recherche et la constatation, sauf dans certaines hypothèses nettement déterminées. C'est celui auquel le législateur doit logiquement s'arrêter, s'il considère comme prépondérant l'intérêt de la Société.

L'enfant au contraire lui paraît-il plus intéressant et plus digne de sa protection ? Il donnera alors la préférence au système opposé,

¹⁾ Code civil du 25 juin 1865, art. 183 et 189.

²⁾ Code civil du 24 juillet 1889, art. 129-141.

³⁾ Code civil du 1^{er} juillet 1867, art. 130.

⁴⁾ Code civil de 1880.

⁵⁾ Code civil du 1^{er} décembre 1871.

⁶⁾ Loi du 1^{er} décembre 1855 sur la filiation des enfants naturels, art. 189 et 190.

⁷⁾ Code civil, art. 239 et loi du 14 juillet 1874.

⁸⁾ Code civil, art. 133.

qui, lui également, est fondé sur la parenté, mais part d'un autre point de vue et autorise librement la recherche de la paternité dans tous les cas et par tous les moyens.

Si les auteurs qui partagent cette dernière manière de voir sont d'accord sur le principe lui-même, ils ne le sont plus sur les conséquences juridiques à déduire du fait de la paternité prouvée. Tantôt ils accordent à l'enfant naturel des avantages étendus, lui attribuent des droits égaux à ceux des légitimes, tantôt ils restreignent ces avantages à une simple créance alimentaire et ne vont pas au-delà d'une prestation pécuniaire. Des divergences nombreuses existent aussi à l'égard des circonstances qui rendent l'action en paternité recevable ou irrecevable.

La libre recherche, dans l'acception la plus étendue de ce mot, n'étant permise, que je sache, par aucun code, je pourrais passer directement à un système dérivé, qui, en l'acceptant, a limité le principe par certaines restrictions et ne tire de la preuve de la parenté qu'une créance alimentaire en faveur de l'enfant.

Je ne le ferai cependant pas, car si la recherche de la paternité, ainsi comprise, est purement théorique aujourd'hui, il n'en a pas toujours été ainsi. Elle existait dans l'ancien droit français et mon travail serait incomplet si je n'y jetais pas un coup d'œil rétrospectif rapide.

Dès les premiers temps de la monarchie française en effet, non seulement le nom de bâtard n'était pas odieux et n'éveillait aucune idée de flétrissure ni de honte, mais il ne paraît pas que les rois de la première et de la seconde race fissent aucune différence entre leurs enfants légitimes et leurs enfants naturels. Thierry, bâtard de Clovis, partagea le royaume avec Clodomir, Childebert et Clotaire, fils légitimes; Louis et Carloman, bâtards de Louis-le-Bègue, furent tous deux couronnés rois, à l'exclusion de Charles-le-Simple, leur frère légitime ¹⁾.

Cet usage, toutefois, je me hâte de le reconnaître, était une exception et ne s'appliquait qu'aux bâtards des rois et des princes. Les illégitimes de basse noblesse suivaient la condition de leur mère, en vertu de la maxime : *partus ventrem sequitur*. Quant aux bâtards de vilains, ils devenaient serfs de la seigneurie où ils voyaient le jour. Leurs rapports avec leurs auteurs n'étaient réglés par aucun

¹⁾ D'Aguesseau. Dissertation sur les Bastards. Œuvres, VII, 404.

texte précis : ils étaient abandonnés à leurs seules ressources et ne devaient rien attendre que de leur propre énergie.

Henri IV corrigea l'iniquité de cette distinction, qui honorait chez les uns ce qu'elle proscrivait rigoureusement chez les autres, le vice d'origine, et ordonna que les bâtards n'auraient plus droit désormais aux privilèges de la noblesse ¹⁾. Louis XIII confirma cette décision par deux édits, l'un du 15 janvier 1629 et l'autre du 28 janvier 1634.

La situation vraiment navrante faite aux enfants naturels aux XIV^e et XV^e siècles s'améliora insensiblement, si bien que d'Aguesseau pouvait écrire en 1772 qu'il n'existait plus « aucune différence entre les bastards et les enfants légitimes. » Ils étaient regardés comme « entièrement libres ²⁾ » et l'on ne faisait pas de distinction entre les incestueux ou adultérins et les autres illégitimes, sauf néanmoins dans les coutumiers de Valenciennes et de Bretagne. Ce dernier contient une disposition précise à son art. 478 : « Si aucun avait enfants bastards jeunes et non puissans d'eux pour user de leur corps, ils doivent être pourvus sur les biens de leurs pères ou de leurs mères ³⁾. » Cette prescription suppléait à la négligence des parents qui n'avaient pas laissé d'aliments à leurs enfants naturels incapables de gagner leur vie.

Les auteurs de l'époque ⁴⁾ reconnaissent expressément un lien de parenté entre le père et l'enfant naturel. A leurs yeux les parents sont l'un et l'autre obligés d'entretenir et d'élever leur enfant illégitime, mais c'est au père que cette obligation alimentaire incombe en première ligne ; la mère n'est tenue que subsidiairement. Un d'eux, Caranza ⁵⁾, va même plus loin : pour lui, l'obligation de la mère est tellement un dernier remède, qu'il donne à celle-ci un droit de recours contre le père, qu'il envisage comme le seul débiteur de cette dette. Il est vrai que cet auteur suspend l'obligation alimentaire du père jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 3 ans, parce que *obligatio lactandi matrem respicit* ⁶⁾.

¹⁾ Edit de 1560, art. 26.

²⁾ D'Aguesseau. Œuvres VII, 416.

³⁾ D'Aguesseau. Œuvres VII, 417.

⁴⁾ Cardinal Paléota, de Nothis, cap. 48 ; Loysel, Institutions coutumières. Liv. I, tit. I, art. 41.

⁵⁾ *De partu naturali et legitimo*. C. III. § 4, n° 43.

⁶⁾ Pothier, Traité du mariage. 1^{re} partie, ch. II, § 3.

Un édit, promulgué sous Henri II, ordonne, pour réprimer les infanticides, « que toute femme qui se trouvera deüement « atteinte et convaincue d'avoir célé, couvert et occulté, tant sa « grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre, « et avoir prins de l'un ou de l'autre tesmoignage suffisant, mesme « de la vie ou de la mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre, « et après se trouve l'enfant avoir esté privé, tant du saint sacrement de baptême, que sépulture publique et accoustumée, soit « telle femme tenue et réputée d'avoir homicidé son enfant. Et « pour réparation punie de mort et de dernier supplice¹⁾.... »

Henri III confirme cette sage ordonnance²⁾; Louis XIV lui-même, à l'heure où sa triste vieillesse s'affaisse de plus en plus sous la domination de la veuve de Scarron, renouvelle les édits de ses prédécesseurs et flétrit le crime de donner la vie à un enfant naturel³⁾ !

L'usage s'était établi de déclarer la grossesse hors mariage à un officier public. La jurisprudence rendit cette déclaration obligatoire. De là à la déclaration de paternité, il n'y avait qu'un pas. Il fut bientôt franchi. Une ordonnance de 1670 autorise la fille-mère à actionner celui qu'elle déclare être le père, soit au civil par une demande d'indemnité, soit au criminel par une plainte « en gravitation », de sorte que la filiation naturelle peut résulter, soit expressément d'une instance qui a pour but immédiat la reconnaissance forcée, soit, par voie de conséquence, d'une demande en dommages-intérêts.

Un arrêt du Parlement de Paris, du 4 octobre 1661, statue que : « Si une fille a eu commerce avec plusieurs hommes, ils doivent tous contribuer solidairement aux aliments.... attendu qu'on « ignore lequel d'entr'eux est le père. »

Pendant que cette pratique s'établissait dans le Nord, une maxime qui conduisait aux mêmes conséquences s'accréditait dans le Midi. Je veux parler de l'adage fameux : *creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantam esse* ⁴⁾. Dans l'esprit de son auteur, le président Fabre, cette maxime ne devait s'appliquer qu'à

¹⁾ Edit du 19 février 1556, enregistré le 4 mars.

²⁾ En 1586.

³⁾ Déclaration du 25 février 1708.

⁴⁾ Faber. *Codex definitionum*. Lib. IV, tit. XIV, def. 18.

la jeune fille dont la conduite avait été jusque-là irréprochable, car il ajoute aussitôt : *meretrici non item*, mais il était impossible, pratiquement, de confiner cette action dans d'aussi étroites limites ; elles furent promptement dépassées, une norme bien exacte n'existant pas pour qualifier la *meretrix* et la distinguer de la *virgo*. Au surplus, voici comment les choses se passaient : la fille enceinte hors mariage devait faire sa déclaration de grossesse, en désigner l'auteur et, au moment de l'accouchement, prêter serment sur la véracité de son dire. En vertu du principe *creditur virgini...*, les juges condamnaient l'homme ainsi poursuivi à payer à la fille une indemnité et à fournir une pension alimentaire à l'enfant né ou à naître, laissant au défendeur le choix de se soumettre ou d'épouser la fille. L'action pouvait être intentée jusqu'à la majorité de l'enfant (action en indemnité), et par ce dernier dans les six mois qui suivaient sa majorité (action en reconnaissance de parenté).

La règle était dangereuse ; le champ d'application illimité : des abus ne manquèrent pas de se produire.

J'ai cité un arrêt de 1661 ; en voici un autre du 8 février 1679 non moins topique. La Tournelle criminelle condamna un sieur Froger à se charger d'un enfant naturel, bien qu'il eut été établi qu'à l'époque de ses relations avec le défendeur, la mère entretenait un commerce illicite avec le vicaire de sa paroisse ¹⁾. Le Chatelet, « considérant que l'inconduite de la fille n'est pas une raison pour « dispenser l'accusé de se charger de l'enfant du moment qu'il est « avéré qu'ils ont eu des rapports ensemble... ²⁾, » condamne également un nommé D. à subvenir à l'entretien de l'enfant.

Les inconvénients devinrent si criants, les abus prirent de telles proportions, qu'un revirement s'opéra dans la jurisprudence, grâce aux judicieux efforts de d'Aguesseau et de Servan ; l'importance attachée à la déclaration de la mère fut restreinte : elle ne servit plus qu'à lui faire adjuger quelques modiques « frais de gésine. » La loi de Brumaire An II enfin, prohiba complètement la recherche de la paternité.

Le système de la libre recherche de la paternité, tel que nous venons de le voir fonctionner dans l'ancien droit français, est vraiment par trop excessif ; aussi aucune législation n'a-t-elle osé le

¹⁾ Dans ce sens : arrêt du 16 juin 1690.

²⁾ Arrêt du 10 octobre 1760.

maintenir dans son intégrité complète. Néanmoins, comme il était le seul en vigueur avant la promulgation du code Napoléon, certains pays auxquels ce code ne fut pas imposé ou qui ne l'adoptèrent pas, l'ont conservé tout en le modifiant sur quelques points, par exemple l'Angleterre, l'Ecosse, les Etats scandinaves et diverses républiques de l'Amérique.

Le droit civil *anglais* ¹⁾, dont les dispositions, souvent empruntées aux mœurs d'un autre âge, sont heureusement tempérées par l'« *equity* », a sa source dans le droit féodal qui, après avoir régné sur l'Europe centrale, en a disparu pour se réfugier en Angleterre. La recherche de la paternité y était admise et cela avec une extrême rigueur pour le séducteur. Trois actes du Parlement, l'un de 1844, l'autre de 1871 et le dernier de 1873, règlent la question ²⁾. La mère qui n'est pas en état de subvenir à l'entretien de l'enfant peut adresser à l'un des Juges de paix du comté, soit avant l'accouchement, soit dans le délai fatal de un an, dès cette époque, une requête à l'effet d'obtenir une déclaration judiciaire de paternité. Si les faits articulés sont pertinents, le père est condamné en qualité de *putative father*, par un arrêt (*order of affiliation*), à contribuer aux dépenses, à la nourriture et à l'entretien de l'enfant jusqu'à concurrence de 325 fr. ³⁾. Le défendeur peut faire la contre-preuve, par tous les moyens, notamment par l'*exceptio plurium constupratorum* ⁴⁾.

Le droit *écossais*, par contre, dérive du droit romain ⁵⁾, mais quant à la question spéciale qui nous occupe, il admet des ménagements inconnus des juristes classiques. L'enfant naturel peut réclamer en tout état de cause des aliments à ses père et mère, qui sont tenus solidairement. Cette créance n'est pas réduite à un temps plus ou moins long et peut être exercée pendant toute la vie de l'ayant-droit ⁶⁾. Quant à l'action en paternité, elle est formellement admise. La mère doit établir des relations sexuelles ou des actes répétés de *gross familiarity and indecency* corroborés par son serment.

¹⁾ E. Lehr. Eléments de droit civil anglais; voir: Enfants naturels.

²⁾ de Molinari. *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} décembre 1875.

³⁾ Augée Dorlhac, p. 224.

⁴⁾ de la Grasserie, p. 91.

⁵⁾ Augée Dorlhac, p. 226.

⁶⁾ Augée Dorlhac, p. 227. — de la Grasserie, p. 93.

En *Finlande*, une loi pleine de généreux sentiments ¹⁾ consacre sans restriction l'obligation pour la mère et pour le père de subvenir, dans la mesure de leurs ressources, à l'entretien et à la nourriture de l'enfant, qu'il s'agisse d'un enfant naturel simple, d'un incestueux ou d'un adultérin. Je signalerai en passant une philanthropique innovation : les parents ne sont pas quittes envers leur enfant illégitime en lui donnant le pain et les vêtements, ils ont l'obligation de lui faire apprendre un état, qui lui permette de subvenir lui-même à ses besoins.

En *Norvège* et en *Danemark* ²⁾, la loi ne renferme aucune disposition permettant la recherche de la paternité. D'un autre côté aucun texte ne la prohibant, elle est exercée librement.

En *Suède* ³⁾, l'enfant naturel a droit à des aliments de ses parents. De plus, ici, comme en Finlande, ils doivent lui donner un métier lucratif.

Un code très favorable aux illégitimes est celui de la *République argentine* ⁴⁾. Il autorise, à son art. 325, la recherche de la paternité par tous les moyens de preuve et dans tous les cas. Cependant, sauf dans l'hypothèse de possession d'état, on ne peut agir que pendant la vie du père.

Le code de la *Louisiane* ⁵⁾ permet l'action en paternité. Cette dernière s'établit par la possession d'état, le concubinat notoire ou le serment de la mère appuyé de preuves, de même qu'en cas de viol ou d'enlèvement.

Dans l'*Illinois* ⁶⁾, la mère désigne sous la foi du serment l'auteur de sa grossesse ; celui-ci est aussitôt appelé devant le juge pour être interrogé, il peut être détenu préventivement ou relâché sous caution jusqu'au jugement. La pension alimentaire est de 100 dollars la première année, de 50 les neuf suivantes. Elle est garantie par une hypothèque et la contrainte par corps.

Interdiction absolue à l'enfant naturel de rechercher son père, et d'établir un lien de parenté durable et fertile pour lui en consé-

¹⁾ Du 27 juin 1878. Augée Dorlhac, 229.

²⁾ Code de Christian V du 13 avril 1687.

³⁾ Code civil de 1734 ; de la Grasserie, 88.

⁴⁾ Du 29 septembre 1869 ; de la Grasserie, 43.

⁵⁾ De 1825. Augée Dorlhac, 283 ; de la Grasserie, 93.

⁶⁾ Loi du 3 avril 1872.

quences civiles ; *autorisation complète et générale* de procéder à cette recherche et effets étendus attachés à la parenté naturelle ainsi constatée, tels sont les deux grands systèmes opposés que nous trouvons en présence. Le dernier, aussi excessif en son genre que le précédent, a été restreint comme lui dans ses applications ; sous des apparences humanitaires trompeuses, il est peut-être encore plus défavorable à l'enfant naturel que l'autre, en ce sens qu'il semble tout lui accorder, et qu'en réalité il ne lui donne rien ou du moins fort peu de chose. Il admet la recherche de la paternité, c'est vrai, mais des multiples conséquences qui découlent nécessairement de la constatation de la parenté, le législateur n'en retient qu'une seule : la dette alimentaire, il sacrifie toutes les autres.

C'est le système du droit commun allemand actuel et des codes qui s'y rattachent.

Ce qu'on appelle le *droit commun allemand* est un édifice de style très composite, dans lequel les matériaux les plus disparates se heurtent, se combinent et s'harmonisent. C'est un ensemble de principes et de règles empruntées aux sources les plus diverses : au droit romain, aux anciennes coutumes germaniques, au droit canon, aux statuts des villes, aux lois et ordonnances particulières ou générales rendues dans chaque Etat. C'est le droit principal des pays non pourvus de codes¹⁾, le droit subsidiaire de ceux dont la législation civile est codifiée²⁾. Il est donc assez difficile de dégager de cette multitude de textes une idée exacte.

Les anciens droits germaniques sont complètement muets au sujet de la créance alimentaire de l'enfant naturel ou de la recherche en paternité. Toutefois, on peut inférer avec quelque vraisemblance, que le père devait entretenir, nourrir et élever son enfant naturel comme un enfant légitime, cela parce que plusieurs textes confèrent à l'illégitime un droit successoral plus ou moins étendu sur les biens paternels.

La *lex Longobardorum*³⁾ seule, en parle à diverses reprises d'une

¹⁾ Provinces prussiennes du Schleswig-Holstein, Hanovre, Hesse-Nassau, Saxe-Weimar, Saxe-Meiningen, Saxe-Altenbourg, Saxe-Cobourg-Gotha, Hambourg, Brême et Lübek, etc., etc.

²⁾ Bavière, Wurtemberg, Prusse, Saxe, Bade.

³⁾ La Loi des Longobards est un ensemble très-complet, très-cohérent et très-germanique des coutumes et règles en vigueur chez ce peuple. Elles se succèdent à partir de l'Edit de 643 du roi Hrotharic.

manière expresse. L'enfant naturel, c'est-à-dire celui qui n'est pas né *ex matrimonio illicito* (inceste ou adultère), appartenait, en dépit de son illégitimité, à la famille de son père naturel. Il participait simultanément avec les enfants légitimes à sa succession, et avait, cela est indubitable, une créance alimentaire contre ses père et mère ¹⁾.

D'après un texte de la *lex Bajuvariorum* ²⁾, les légitimes excluaient de la succession de leur père, leurs frères ou sœurs naturels, mais devaient, par commisération, subvenir à leur entretien. Il faut donc admettre que le père naturel avait l'obligation d'entretenir ses enfants illégitimes, car si ce devoir incombe aux enfants légitimes, à plus forte raison incombe-t-il au père lui-même.

Cet ancien droit, sans accorder de privilèges spéciaux aux illégitimes, sauvegardait pleinement leurs intérêts tout en ne lésant pas ceux de la Société. Il leur était donc plutôt favorable, mais n'eut qu'une trop courte durée, car, grâce à l'intolérance inexplicable du clergé, qui ne voyait dans les naissances illégitimes que les fruits de relations charnelles sévèrement interdites par les lois divines, et contre lesquelles l'Eglise tonnait chaque jour, une réaction ne tarda pas à se manifester, au grand détriment des intéressés. Cette théorie, aussi nouvelle qu'incompréhensible et qui atteignit l'apogée de sa puissance dans le Miroir de Saxe ³⁾, dépouilla complètement les enfants naturels de leurs droits de famille, même à l'égard de leur mère, si bien qu'ils n'eurent plus, juridiquement, ni père ni mère, et tombèrent dans une situation déplorable.

A la réception du droit romain, tout cela disparut heureusement. Force fut aux juristes de s'incliner devant cette nouvelle et puissante autorité. Les principes rigoureux dont je viens de parler laissés de côté, firent place au système romain : l'enfant naturel fut rattaché à sa mère et à la famille de celle-ci, la créance alimentaire

¹⁾ Buengner, p. 67.

²⁾ I. Baju. XIV. 8. § 2. « Si vero ancilla habuerit filios, non accipiant portionem inter fratres, nisi tantum quantum ei per misericordiam dare voluerint fratres eorum : quia in veteri lege scriptum est : Non enim erit heres filius ancille cum filio liberæ. Tamen debent misericordiam considerare, quia caro eorum est. »

³⁾ Le Miroir de Saxe (*Sachsenspiegel*) est un ouvrage de droit provincial et de droit féodal rédigé entre 1224 et 1235 par un juge saxon, Eike de Repchow, et embrassant presque toutes les branches du droit.

des enfants issus du concubinat lui fut accordée contre son auteur, son sort s'améliora considérablement. Enfin, lorsque sous l'influence d'idées généreuses et humanitaires, l'ordonnance de 1530 abolit le concubinat et effaça du même coup la différence civile entre les enfants nés de cette union et les autres illégitimes, on étendit à tous les enfants naturels, quels qu'ils soient, le droit de réclamer des aliments à leur procréateur. C'est vers cette époque (XVI^m siècle), que vit le jour l'opinion fautive, mais encore admise néanmoins, que le droit canon fait au père naturel une obligation de fournir des aliments à ses enfants adultérins ¹⁾. La conséquence de ce principe est que les enfants naturels ordinaires ont un droit aux aliments au moins égal à celui des adultérins ou des incestueux ²⁾. La doctrine et la jurisprudence ayant consacré cette interprétation, elle passa dans les lois particulières ³⁾.

Juridiquement, l'enfant naturel appartient à sa mère ⁴⁾. Il en prend le nom ⁵⁾, la religion et l'indigénat. Tandis que d'après certains codes il n'entre pas dans la famille de celle-ci ⁶⁾, d'après d'autres, au contraire, il en fait partie et y occupe, soit à l'égard de sa propre mère, soit envers ses parents, la même situation que le légitime ⁷⁾. L'enfant naturel n'ayant pas de père, au sens légal du mot, il est indispensable de lui donner, pendant sa minorité, un tuteur qui puisse sauvegarder ses droits et en particulier exercer l'action alimentaire que la loi lui accorde contre son auteur ⁸⁾. Ce tuteur, nommé par l'autorité, peut être soit un tiers, soit la mère elle-même, à moins qu'elle ne soit encore sous puissance, auquel cas c'est son père, à elle, qui est désigné ⁹⁾. La mère exerce, sous la surveillance et avec la participation du tuteur, les droits de famille : elle élève et entretient l'enfant, l'instruit dans sa religion, donne ou refuse son consentement à son mariage ¹⁰⁾. Si le tuteur juge que

¹⁾ Arndts, p. 583, rem. 2; Brinz, I, p. 1295. Le texte qui donna lieu à cette interprétation fautive est c. S. X. de eo qui duxit, 4—7.

²⁾ Windscheid, II, p. 725, rem. 16; Bangerow, I, p. 482.

³⁾ Loi prussienne du 24 avril 1854. C. C. Saxon, § 1858.

⁴⁾ l. 19. D. 1—5; l. 5, § 4. D. 25—3.

⁵⁾ Loi impériale du 6 février 1875, § 25.

⁶⁾ Landrecht prussien, II, 2, § 639.

⁷⁾ Code saxon, § 1874.

⁸⁾ Landrecht pruss. II, 2, § 644; C. C. autrichien, 166.

⁹⁾ Landrecht pruss. II, 2, § 614.

¹⁰⁾ Loi impériale du 6 février 1875, § 30.

son influence est mauvaise pour l'enfant, il peut le lui enlever et en confier la garde à d'autres personnes ¹⁾. Toutefois, la circonstance que le père fournit une pension alimentaire ne confère nullement à ce dernier le droit de reprendre l'enfant quand bon lui semble ²⁾. Les premières années passées, alors que les soins maternels ne sont plus nécessaires, le père a la faculté de demander que l'enfant lui soit confié ; il est fait droit à sa requête si aucun préjudice n'est à craindre ³⁾. Néanmoins la mère peut s'y opposer, en prenant les frais d'éducation et d'entretien complètement à sa charge ⁴⁾.

Telle est, en quelques mots, la situation de l'enfant naturel vis-à-vis de sa mère. Voyons maintenant ses rapports et ses droits vis-à-vis de son père. En droit commun allemand ⁵⁾, la procréation hors mariage n'a, pour l'homme, que deux conséquences civiles : elle est un empêchement au mariage de l'illégitime avec son auteur ⁶⁾ et donne à l'enfant créance alimentaire contre son père. Je laisse de côté la première, et passe directement à la seconde, qui seule nous intéresse.

Celui qui, de son propre aveu ou par un jugement, a été reconnu le père d'un enfant illégitime, a l'obligation de pourvoir à l'alimentation et à l'entretien de cet enfant. Cette obligation ne concerne pas seulement les enfants naturels simples, mais s'étend à tous, indistinctement, qu'ils soient simples, adultérins ou incestueux ⁷⁾. De plus, le débiteur n'est nullement libéré de sa dette par la preuve qu'il était mineur ou irresponsable à l'époque des relations sexuelles ⁸⁾, l'obligation alimentaire passe aux héritiers, comme une autre dette pécuniaire quelconque ⁹⁾ ; mais, par contre, les parents du père ne sont pas tenus ¹⁰⁾. L'obligation du père naturel

¹⁾ C. C. autrichien, § 169.

²⁾ C. C. autrichien, § 169 ; von Roth, § 174, n° 31.

³⁾ C. C. saxon, § 1870 ; Landrecht pruss. II, 2, § 621.

⁴⁾ Landrecht pruss. II, 2, § 623.

⁵⁾ Stobbe, IV, p. 403 ; von Roth, II, p. 367.

⁶⁾ Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung, du 6 février 1875, § 33.

⁷⁾ Buengner, p. 83 et 88.

⁸⁾ Bangerow, § 260, rem. 1, n° 5 ; Windscheid, § 475, 25, n° 1.

⁹⁾ Windscheid, § 475, 2 ; Landrecht pruss. II 2, § 647—650, loi du 24 avril 1854, § 19 ; C. C. saxon, § 1273.

¹⁰⁾ Buengner, p. 92. Loi pruss. du 24 avril 1854, § 20 ; C. C. saxon, § 1873 et 1874 ; Windscheid, § 475, rem. 21.

est primaire, en ce sens qu'il doit fournir la totalité des aliments nécessaires à l'existence de l'enfant; la mère et ses ascendants ne sont obligés que subsidiairement et à son défaut. Quelques codes règlent différemment la question : ils font répondre le père et la mère solidairement¹⁾, ou chargent la mère de l'entretien de l'enfant jusqu'à un certain âge, à partir duquel le père seul doit l'élever²⁾.

Pour déterminer l'étendue et la portée de l'obligation alimentaire, le juge tient compte des besoins de l'enfant et des ressources pécuniaires du père³⁾, comme aussi de sa position sociale. Cette obligation n'est restreinte par aucun délai; elle subsiste, dans toute son intégrité, jusqu'à ce que le bénéficiaire puisse lui-même subvenir à son entretien⁴⁾. Elle commence à la naissance de l'enfant, mais les aliments ne peuvent cependant pas être demandés pour le temps qui s'est écoulé entre l'accouchement et l'introduction de l'action. Les intéressés peuvent, d'un commun accord, déterminer exactement la portée de cette obligation; cet arrangement n'est obligatoire pour l'enfant qu'autant qu'il a été conclu en son nom, par son tuteur et avec l'assentiment de l'autorité pupillaire⁵⁾.

Les « aliments » ne comprennent pas seulement la nourriture matérielle indispensable à la vie⁶⁾, mais encore tout ce qui est nécessaire à la conservation de la santé⁷⁾, les vêtements, l'habitation, les soins médicaux, etc. Les meubles utiles, le chauffage, l'éclairage, rentrent également dans ce qu'on appelle les « aliments ».

Quelques juristes⁸⁾, prenant pour fondement un texte obscur

¹⁾ C. C. saxon, § 1858; 1862—1864.

²⁾ Schaumbourg et Detmold; v. Roth, II, § 174, note 21.

³⁾ Buengner, 127.

⁴⁾ Buengner, 134. Plusieurs droits coutumiers limitent l'obligation alimentaire, soit d'après son étendue (en Bavière, 2 gulden par mois; en Saxe, § 1862, de 36 à 360 marks), soit d'après le temps pendant lequel elle est exigible (jusqu'à 14 ans en Hanovre, Bavière, Saxe; à 15 ans à Weimar; à 15-18 ans à Nassau, etc.), v. Roth, II, § 174, note 27.

⁵⁾ Buengner, 144, rem. 2.

⁶⁾ I. 43, 44, D. de verb. sig. (50-16): verbo victus continentur, quæ esui potuique cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem Labeo ait. Et cetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.

⁷⁾ I. 6. D. de alim. vel cib. leg. (34-1). « Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest ». I. 43, 44, D. de verb. sig. (50-16).

⁸⁾ Walther, Zeitschrift f. Civ.-R. u. Proc. XX. 354; Glück XXVIII, 56.

et controversé¹⁾, veulent faire rentrer dans l'expression « aliments » les dépenses faites en vue du développement intellectuel et moral de l'enfant, les frais d'éducation et d'apprentissage. Cela est faux. Evidemment les parents doivent supporter les charges de l'éducation de leurs enfants « *non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi præbere, rescriptis continetur*²⁾ », mais que les frais d'apprentissage rentrent dans les « aliments », ne résulte pas de ce texte. La loi sépare au contraire nettement l'entretien de l'éducation, et les oppose l'un à l'autre. De plus, la l. 6. D. de alim. vel cib. leg. (34—1) dit textuellement : « *cibaria et vestitus et habitatio debebitur; cetera, que ad disciplinam pertinent, legato non continentur* ». Les frais d'enterrement ne peuvent pas non plus être considérés comme « aliments³⁾ ».

Si l'accord est parfait, sur le principe lui-même de la créance alimentaire de l'enfant naturel contre son auteur, il est loin d'être aussi général quant à sa source juridique. La discussion de ce point délicat a donné lieu à de vives controverses, d'où sont sorties de non moins nombreuses théories. Je ne m'arrêterai qu'aux deux principales.

La première, et c'est l'opinion dominante, fait dériver l'obligation alimentaire du père naturel, du lien de parenté créé par la procréation, la paternité. C'est la *Verwandschaftstheorie*⁴⁾.

La seconde conteste formellement cette manière de voir. D'après elle, la créance alimentaire de l'illégitime est fondée sur un délit. C'est la *Delictstheorie*⁵⁾. L'étude de cette dernière fait l'objet du paragraphe suivant.

¹⁾ l. 5, § 12, D. de agnosc. et alend. liberis (25-3). l. 6. § 5. D. de carb. edict. (37-10).

²⁾ l. 5. § 12. D. de agnosc. et alend. liberis, (25-3).

³⁾ l. 8. § 10. D. de transact. (2-15); L. 14 pr. D. de al. vel. cib. leg. (34-1); l. 37 pr. D. de reliquos. et sumpt. funerum (11-7).

⁴⁾ Mühlenbruch: Pandecten, I, 395; Bangerow: I, 482; Arndts: p. 582; Holzendorff Rechtslexikon, I, 50; Emminghaus, Archive f. pract. Rechtswiss., N. F., VIII, 184; Gert. 91; Keller, 783; Heerwart, Arch. f. civ. Praxis, XIV, 436. Les législations de Prusse, Saxe, Wurtemberg, Mecklenbourg, Hambourg, Autriche, etc., partagent cette opinion. (v. Roth, II, § 171, note 16).

⁵⁾ Puchta, Pand. 485; Unterholzner: Schuldverh., II, 574; Kämmerer in Elvers' Themis, II, 225-227; Duntze, Arch. f. civ. Praxis, XII, 130-131; Windscheid, Pandekten, § 475, note 18. Les pays qui ont adopté ce principe sont: le Schleswig-Holstein, la Bavière, la ville de Brême, etc. (v. Roth, II, 171, note 15).

Quant aux auteurs de la première école, voici à grands traits les raisons et les arguments qu'ils invoquent.

La *Verwandtschaftstheorie*, disent-ils, repose sur le seul fondement rationnel que l'on puisse assigner à l'obligation alimentaire du père naturel. C'est celle que le développement historique de la question montre comme étant la plus logique, puisque les règles du droit romain concernant les enfants légitimes furent appliquées d'abord aux enfants issus du concubinat, puis plus tard étendues à tous les illégitimes indistinctement. Ce que la loi avait fait pour les enfants légitimes et les enfants du concubinat, la jurisprudence et la doctrine le firent pour les enfants naturels: elles transformèrent en une obligation civile, un acte de charité. La parenté, par conséquent, est donc aussi bien à la base de la créance alimentaire de l'enfant naturel, qu'à celle de l'enfant légitime. Au point de vue de l'*æquitas* et de la *naturalis ratio*, il est difficile de rien objecter à cela.

On fait souvent à cette théorie une objection: la parenté ne peut pas servir de fondement à cette obligation alimentaire, parce que le droit romain n'en établit aucune entre le père et l'enfant naturels, et que de nos jours il en est de même ¹⁾. Cet argument n'a aucune valeur pratique. Il est parfaitement exact que les Romains n'employaient pas, dans les rapports entre parents et enfants naturels, les expressions *agnatio*, *consanguinitas*, mais il ne faut pas oublier non plus qu'ils reconnaissaient une consanguinité entre parents naturels et lui accordaient une importance juridique. J'en trouve une preuve évidente dans le fait qu'ils parlent expressément de pères et d'enfants naturels ²⁾, que les enfants de concubins ont un droit successoral ³⁾ (qui fut dans la suite étendu à tous les enfants naturels), que le mariage enfin entre parents illégitimes est interdit ⁴⁾. Les jurisconsultes de l'époque classique admettent, cela est indubitable, l'importance et l'existence de la parenté naturelle. Justinien, quelques années plus tard, concède même au

¹⁾ Kämmerer Elvers-Themis, II, 226; Schröter, Zeitschr. f. civ. R. u. Procd. V, 310-313; Schöman, même ouv., N. S., I, 140.

²⁾ l. 2, 3, 4, C. de natural. lib., (5-27).

³⁾ Nov. 18, chap. 5; Nov. 89, ch. 12.

⁴⁾ l. 14, § 2, D. de ritu nupt., (23-2).

pater naturalis une créance alimentaire contre son enfant naturel¹⁾. Pourquoi s'obstiner à ne pas donner à un rapport de droit qui ne peut être sérieusement contesté son vrai nom, la parenté? on ne le comprend pas. Parce que l'homme qui procrée hors mariage ne détient pas la puissance paternelle, ni les divers autres droits dérivés de la parenté légitime, l'enfant naturel en est-il moins son œuvre? La *legitimatio per oblationem curiæ* ne conférait pas non plus en droit romain des droits aussi étendus que la *legitimatio per subsequens matrimonium*, et cependant elle est aussi une sorte de légitimation. L'*adoptio minus plena* n'avait pas toutes les conséquences juridiques attachées à l'adoption proprement dite; peut-on dire qu'elle n'était pas une adoption? Certes non.

Trouvant ces arguments insuffisants, quelques auteurs ont cherché à justifier d'une autre manière, le terme de parenté désignant le rapport établi entre le père et l'enfant naturels. Il s'agit ici, disent-ils, d'une parenté au sens naturel et non au sens civil du mot²⁾. Cela n'est pas exact. Si l'on attache des conséquences juridiques à la preuve de la parenté illégitime (par exemple la dette alimentaire), elle se transforme en parenté civile. La différence qui peut exister entre ces deux parentés ne réside pas en ce que l'une est civile, légale, l'autre naturelle, mais bien plutôt en ce que, suivant qu'elle est légitime ou illégitime, les obligations qui en découlent sont plus ou moins étendues. En droit romain, objecte-t-on, l'obligation alimentaire est toujours réciproque, tandis que cette réciprocité n'existe pas en droit commun. C'est vrai, mais cela est purement fortuit, et le contraire aurait pu se produire³⁾. Il vaut mieux imiter ici la doctrine et étendre aux enfants naturels la créance alimentaire contre leurs pères, sans l'accorder à ceux-ci contre leurs enfants.

Il est encore un autre grief que l'on ne manque jamais de faire valoir contre la théorie de la parenté, c'est que l'obligation alimentaire du père passe, en droit commun, à ses héritiers⁴⁾. Abstraction faite que ce transfert passif est contesté avec quelque justesse, par un grand nombre d'auteurs⁵⁾, la *Verwandschaftstheorie* en est elle

¹⁾ Nov. 89, ch. 13.

²⁾ Sintenis, III, 100, rem. 40.

³⁾ Comme cela a eu lieu. Voir Landrecht prussien, II, 2 § 637 et 638.

⁴⁾ Windscheid, II, § 475, note 22.

⁵⁾ Buengner, p. 137-141.

amoinndrie ? Assurément non. Il est vrai qu'en règle générale une obligation fondée sur un rapport purement personnel, comme la parenté, ne passe pas aux héritiers du débiteur, mais cette règle n'est pas immuable, elle souffre des exceptions ; les textes statuent que les héritiers du fils légitime sont tenus de fournir des aliments au père du défunt, s'il se trouve dans la nécessité ¹⁾, et cependant, il n'est pas mis un seul instant en doute que la dette alimentaire de l'enfant légitime puisse reposer sur un autre fondement que sur la parenté ²⁾.

La *Verwandschaftstheorie*, la plus logique et la plus historiquement naturelle, est celle qui est aussi la plus généralement admise par la doctrine et la jurisprudence. Nous la retrouvons sanctionnée par un grand nombre de législations germaniques.

Le *Landrecht prussien* ³⁾ autorisait la libre recherche de la paternité. Aujourd'hui l'enfant naturel n'a plus qu'une action alimentaire ⁴⁾ contre celui qui, pendant l'époque critique ⁵⁾, a cohabité avec sa mère, et cela seulement dans les cas où une action en indemnité est accordée à celle-ci ⁶⁾. L'action alimentaire de l'illégitime est exercée par la mère qui peut, en dehors des frais de couches et de baptême, exiger que le père soit condamné à lui payer son entretien pendant les 6 semaines qui suivent sa délivrance, comme aussi les autres frais inévitables, résultant de sa grossesse et de sa convalescence ⁷⁾. L'obligation alimentaire est primaire pour le père ⁸⁾.

En *Saxe* ⁹⁾, l'enfant naturel a le droit de rechercher l'homme qui a cohabité avec sa mère, pour lui réclamer des aliments et le contraindre à les fournir. Cette dette alimentaire ne frappe pas seulement le père, elle est commune aux deux parents : le père doit venir en aide à la mère et contribuer à l'entretien et à l'édu-

¹⁾ l. 5, § 17, D. de agnosc. et alend. lib., (25-3).

²⁾ l. 5, § 2, 15, 16, D. de agnos. et alend. lib., (25-3). Buengner, p. 32.

³⁾ Preussisches Landrecht II, 2, 592—665.

⁴⁾ Loi prussienne du 24 avril 1854, § 13.

⁵⁾ c'est-à-dire entre le 210^{me} et le 285^{me} jour avant l'accouchement, § 15 loi précitée.

⁶⁾ Loi précitée, § 1.

⁷⁾ Loi précitée, § 7.

⁸⁾ Loi précitée, § 12.

⁹⁾ Code civil saxon du 1^{er} mars 1865.

cation de l'enfant au moyen d'une pension alimentaire annuelle, dont le montant est déterminé par le juge ¹⁾. L'enfant n'exerce pas son droit lui-même, mais par l'entremise de sa mère qui est son représentant ²⁾.

En *Wurtemberg* ³⁾, la recherche en paternité est permise, mais avec une seule conséquence, comme précédemment : la dette alimentaire en faveur de l'enfant. L'action doit être intentée en commun, par le tuteur et par la mère ⁴⁾.

Dans tous ces Etats, l'obligation alimentaire du père naturel passe à ses héritiers ⁵⁾.

Dans le *Grand-Duché de Bade* règne le droit français. Une loi spéciale a cependant modifié l'art. 340 et accordé à l'enfant naturel non reconnu une action contre son auteur ⁶⁾, pour le forcer à lui fournir une pension alimentaire jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 14 ans révolus. Le montant de la pension doit être en rapport avec la fortune, le rang social du débiteur : jamais inférieure à 20 kreuzers, elle ne peut dépasser un gulden par semaine ⁷⁾.

En *Autriche*, l'enfant naturel est, d'une manière générale, exclu de la famille ; il porte le nom de sa mère, mais n'a aucun droit à celui de son père, pas plus qu'à son rang et à ses armes ⁸⁾. Si, au point de vue social, l'illégitime est ainsi préterité, il n'en est pas de même au point de vue matériel et pécuniaire. En effet, celui qui est convaincu, par l'un des divers modes de preuves mentionnés dans le code de procédure civile ou de toute autre façon extra-judiciaire, d'avoir eu des relations sexuelles avec une femme, pendant l'époque critique, est présumé être le père de l'enfant ⁹⁾ ;

¹⁾ Code civil saxon, §§ 1858, 1862, 1864.

²⁾ Code civil saxon, § 1865 (voir Roth, II, p. 380, note 3).

³⁾ Gesetz betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, vom 5. September 1839.

⁴⁾ Loi précitée, § 28.

⁵⁾ Prusse, Loi du 24 avril 1854, § 19 ; Saxe, Code civil, § 1873 ; Wurtemberg, Loi du 5 septembre 1839, § 28 (voir Roth, II, p. 389).

⁶⁾ Loi du 13 février 1851, § 14.

⁷⁾ von Roth, II, p. 402.

⁸⁾ Code civil autrichien du 1^{er} juillet 1811, § 165.

⁹⁾ Code civil autrichien, § 163.

comme tel, il doit l'entretenir et l'élever convenablement. Cette obligation alimentaire est primaire pour le père ¹⁾; en cas de mort, elle passe aux héritiers des parents ²⁾. Le droit de l'enfant est mis en mouvement par son tuteur ³⁾.

Le code civil de *Zurich*, œuvre remarquable du jurisconsulte-Bluntschli ⁴⁾, prévoit et régleme l'action en constatation de paternité dans ses art. 697 et suivants. Autorisée, mais étroitement resserrée par une série d'exceptions ⁵⁾, cette recherche est confiée à la femme devenue enceinte ⁶⁾. En règle générale, l'action ne peut être intentée devant le juge de paix que pendant la grossesse de la mère. Exceptionnellement, si les parents sont fiancés ou qu'il existe une reconnaissance expresse et écrite, elle peut l'être dans les six semaines qui suivent la naissance ⁷⁾. Cette action est personnelle à la mère; elle ne passe à ses héritiers que si elle a déjà été introduite de son vivant et dans les deux cas dont j'ai parlé plus haut (fiançailles ou reconnaissance écrite) ⁸⁾. L'action est-elle repoussée, l'enfant reste à la charge exclusive de la mère ⁹⁾; est-elle au contraire admise, le père est tenu de payer à la mère les frais de couches et de baptême ¹⁰⁾; de plus, il doit lui fournir pour concourir aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant et jusqu'à ce que celui-ci ait 12 ans révolus, une somme annuelle, dont le tribunal fixe souverainement le chiffre, d'après les circonstances ¹¹⁾. A partir de 12 ans, le père est tenu de prendre à sa charge exclusive tous les frais d'entretien, d'éducation et d'instruction professionnelle de l'enfant ¹²⁾.

Dans le canton de *Berne*, lorsqu'une fille ou une veuve est

¹⁾ Code civil autrichien, § 167.

²⁾ Code civil autrichien, § 171.

³⁾ Code civil autrichien, § 166.

⁴⁾ Code civil du canton de Zurich révisé en 1887 par M. le prof. A. Schneider.

⁵⁾ Code civil zurichois, art. 701.

⁶⁾ Code civil zurichois, art. 697.

⁷⁾ Code civil zurichois, art. 698.

⁸⁾ Code civil zurichois, art. 699.

⁹⁾ Code civil zurichois, art. 703.

¹⁰⁾ Code civil zurichois, art. 704.

¹¹⁾ Code civil zurichois, art. 705.

¹²⁾ Code civil zurichois, art. 706.

accouchée d'un enfant illégitime, on procède d'office à la fixation de l'état-civil de cet enfant en l'adjugeant à sa mère et à la commune de celle-ci ¹⁾. La loi réserve à la mère (et au cas où celle-ci ne voudrait pas en user, à la commune) une action en dommages-intérêts contre le père présumé, pour le forcer à contribuer à l'entretien de l'enfant ²⁾. Cette action est portée devant le Juge du domicile du père, comme ayant pour base une réclamation purement personnelle, soit une prestation pécuniaire. Le délai utile est de 3 mois dès l'époque où l'état-civil de l'enfant est fixé, sauf dans le cas où le père est domicilié hors du canton; le délai est alors de un an dès son retour au pays ³⁾.

La loi spéciale *lucernoise* statue que pendant l'année qui suit l'accouchement, la mère peut actionner celui qu'elle déclare être le père, en paiement d'une quote-part aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant ⁴⁾. Cette contribution qui est due dès la naissance ⁵⁾ est payable tous les 6 mois et d'avance. Le montant en est fixé par le Juge du domicile du défendeur, qui prend en considération l'état de fortune du père et ses moyens d'existence ⁶⁾. L'obligation alimentaire passe aux héritiers ⁷⁾.

En *Valais*, la paternité de l'enfant naturel non-reconnu ne peut être recherchée que dans certains cas déterminés :

- 1° lorsqu'il sera prouvé que l'individu désigné comme père de l'enfant a donné à celui-ci une suite de soins d'où l'on puisse inférer la paternité;
- 2° lorsqu'on présente un écrit émané de l'individu désigné comme père, par lequel cet individu déclare sa paternité;
- 3° dans les cas de viol et d'enlèvement lorsque l'époque de ces faits se rapporte à celle de la conception;
- 4° lorsque la mère établit que dans le temps qui a couru depuis

¹⁾ Code civil bernois, art. 166.

²⁾ Code civil bernois, art. 168.

³⁾ Code civil bernois, art. 182.

⁴⁾ Loi du 12 septembre 1865, sur les enfants naturels, art. 6.

⁵⁾ Loi précitée, art. 9.

⁶⁾ Loi précitée, art. 10.

⁷⁾ Loi précitée, art. 20.

le 300^{me} au 180^{me} jour avant la naissance de l'enfant; le prétendu père a cohabité avec elle ¹⁾).

Le Code, tout récent, du canton de *Soleure* règle comme suit la question (art. 173 à 202). Personnellement, l'enfant naturel n'a pas d'action contre son père; la mère seule peut exiger de celui dont elle se dit enceinte, une somme d'argent annuelle, payable d'avance, pour l'entretien et l'éducation du dit enfant, ainsi que pour ses frais de couches ²⁾; cela, toutefois, à la condition d'avoir, dans un certain délai, déclaré sa grossesse au Président du Tribunal du domicile du prétendu père. Si tous deux sont domiciliés dans le canton, cette déclaration, qui porte non seulement sur la grossesse, mais aussi sur le nom du père, l'époque et le lieu des relations sexuelles ³⁾, peut être faite valablement au Président du Tribunal du domicile de la mère ⁴⁾. La femme mariée, dont l'union n'a pas été rompue, ne jouit pas de droit. Tous les genres de preuves sont admis. Le serment en particulier est soumis à des mesures justifiées et minutieuses, qui lui donnent une grande valeur. Il est des cas où il est interdit ⁵⁾. La pension alimentaire n'est pas indéfinie; elle cesse d'être due lorsque l'enfant a atteint un certain âge: si c'est un garçon, 16 ans; 15 ans, si c'est une fille ⁶⁾. Les héritiers du défendeur restent tenus de la dette ⁷⁾. Je relève en passant une singulière disposition. Le père d'un enfant naturel peut, sans épouser la mère, demander au conseil d'Etat l'adjudication de l'enfant: ce dernier a alors la même situation civile que le légitime ⁸⁾.

D'autres codes suisses, par exemple ceux des Grisons⁹⁾, d'Argovie¹⁰⁾,

¹⁾ Code civil valaisan, art. 142.

²⁾ Code civil soleurois du 1^{er} janvier 1892, art. 173.

³⁾ Code civil soleurois, art. 175.

⁴⁾ Code civil soleurois, art. 176.

⁵⁾ Code civil soleurois, art. 181 à 189.

⁶⁾ Code civil soleurois, art. 192.

⁷⁾ Code civil soleurois, art. 194.

⁸⁾ Code civil soleurois, art. 198 et 201.

⁹⁾ Bündnerisches Privatrecht, §§ 71 et 72.

¹⁰⁾ Allg. bürgerliches Gesetzbuch, § 229.

de Glaris ¹⁾, de Thurgovie ²⁾, de Schaffhouse ³⁾, etc..., ont adopté le même principe.

§ II.

Le Délit.

Les législations que je viens de passer rapidement en revue ont toutes un trait commun; elles admettent la parenté comme fondement des obligations du père vis-à-vis de son enfant naturel.

Le système français prohibe complètement la recherche en paternité, sauf un cas exceptionnel et unique, celui d'enlèvement. Mais alors, il fait découler de cette constatation de nombreuses conséquences qui placent l'enfant illégitime sur le même pied que l'enfant légalement reconnu.

Le système du droit commun allemand semble à première vue plus humanitaire, plus généreux, plus favorable à l'enfant; il ne l'est guère en réalité, car s'il autorise largement la recherche de la paternité, il ne tire de la preuve de ce fait qu'une seule conséquence: la dette alimentaire, laissant toutes les autres de côté.

On peut opposer à ces systèmes contraires, bien que basés sur un principe identique, la parenté, une théorie toute autre: celle du délit.

Quelques jurisconsultes, ne voulant se ranger ni au principe français, comme trop absolu, ni à la *Verwandtschaftstheorie*, comme illogique, et sentant d'un autre côté que l'enfant naturel ne pouvait être ainsi abandonné, qu'il fallait absolument faire quelque chose pour lui, ont cherché une solution conciliant l'intérêt de chacun, celui de la Société, comme celui de l'enfant. Ils ont cru la trouver en considérant la dette alimentaire incombant au père naturel comme une *obligatio ex delicto*.

¹⁾ Amtliche Sammlung, Heft. III, § 227.

²⁾ Privatrechtliches Gesetzbuch, § 205.

³⁾ Eherecht für den Kanton Schaffhausen vom 12. April 1851, § 192.

On ne peut, disent-ils, faire découler cette obligation alimentaire que d'un seul fait, le *stuprum*, et cela par la raison bien simple qu'il est un acte défendu, un délit. Or, celui qui commet un acte illicite est obligé d'en supporter toutes les conséquences, de réparer, dans la mesure de ses moyens, le préjudice causé. Dans l'hypothèse actuelle de la cohabitation hors mariage, ces conséquences, cette réparation du préjudice causé, sont représentées par l'obligation de nourrir, d'élever et d'entretenir l'enfant né de cet acte illicite. Cette théorie est soutenue par beaucoup d'auteurs ¹⁾.

Windscheid reconnaît, qu'en droit commun, l'enfant naturel a une créance alimentaire contre l'homme qui a cohabité avec sa mère pendant l'époque critique, mais il trouve l'explication donnée par la théorie de la parenté insoutenable. Aussi tente-t-il dans son « *Lehrbuch des Pandektenrechts* » de concilier les deux opinions : l'auteur d'une grossesse doit être recherché, d'abord à cause du délit, puis comme père possible ²⁾. Voici son argumentation :

La loi fait découler de la preuve des relations sexuelles des conséquences graves ; elle traite comme une réalité, comme une chose vraie, ce qui n'est que probable, possible ; car, en effet, de ce qu'un homme a eu des rapports intimes avec une femme, il ne résulte pas d'une façon absolument nécessaire, inéluctable, que cet homme soit le père de l'enfant. Des relations sexuelles on ne peut déduire avec certitude la procréation, ou, ce qui revient au même, la paternité du défendeur. Du moment, dira-t-on sans doute, qu'il est sûr et certain que la mère d'un illégitime n'a pas eu de relations sexuelles, pendant l'époque critique, avec d'autres hommes que celui qu'elle désigne comme étant l'auteur de sa grossesse, il est sûr et certain par conséquent, que celui-ci est le père. C'est très juste, mais la loi n'exige pas que l'enfant fasse cette preuve ; il n'a à prouver qu'une chose : la cohabitation du défendeur avec sa mère ; cela suffit, et s'il y parvient sa demande doit être admise.

Pour arriver à cet étrange résultat, et mettre sur un pied d'égalité parfaite une probabilité et une vérité, il faut évidemment

¹⁾ Puchta, *Pandekten*, § 316, p. 485 ; Unterholzner *Schuldverpflicht*, II, 574 ; Kämmerer, *Elvers Themis*, II, 225—227 ; Bülow et Hagemann, *Erörterungen*, IV, N° 70 ; Duntze, 130 ; Seuffert, XXX, 222.

²⁾ Windscheid, II, § 475, p. 713, note 18. Holtzendorf, *Rechtslexikon*, I, p. 50.

ajouter au principe du droit commun un élément nouveau, qui le complète, le justifie, et sans lequel on ne pourrait jamais aller plus loin que faire répondre le concubin comme père possible. Or, cette possibilité n'est pas suffisante, en droit, pour entraîner une condamnation. Cet élément complémentaire indispensable, c'est l'idée du délit résultant de l'acte commis par l'homme en cohabitant avec la mère. « Tu as eu des relations sexuelles avec cette femme, cela « est prouvé, dira le Juge au défendeur, j'en conclus seulement « qu'il est possible que tu sois le père de l'enfant qu'elle a mis au « monde; mais, comme la cohabitation hors mariage est un délit, « un acte que la loi défend, et que tu es coupable de cet acte, je te « considère comme un père certain, je te traite comme tel et t'en « fais supporter les conséquences, alors même qu'en réalité tu « n'es qu'un père possible, probable. » Il est indifférent que de nos jours le simple *stuprum* ne soit plus puni d'un châtiment public; tout acte quelconque spécialement interdit par la loi et à l'infraction duquel il est attaché une conséquence préjudiciable pour son auteur, est un délit. Cette conséquence, dans l'hypothèse présente, est que le délinquant doit supporter les charges qui incombent à un père certain, bien qu'en fait il ne soit qu'un père probable. Peut-être même pourrait-on dire, au sens romain du mot, qu'il répond, si ce n'est *ex delicto*, du moins *quasi ex delicto, utique peccasse aliquid videtur* ¹⁾).

Böhlau concède que le concubin n'est qu'un père très hypothétique. Mais, dit-il, dans ce domaine, il est impossible de sortir des probabilités. Dans l'hypothèse de la procréation légitime, cette possibilité ne devient une vérité que par suite d'un texte formel de la loi. Ici, où ce texte fait défaut, il ne reste qu'à accepter comme vrai, ce qui n'est que probable.

Pourquoi, répond Windscheid, admettre cette équivalence en l'espèce? Dans le cas précédent de procréation légitime, le droit arrive à voir dans une possibilité une vérité, en prenant pour base la confiance qu'il faut accorder à la fidélité réciproque des deux conjoints, fidélité qu'ils ont vraisemblablement observée. Dans le cas de procréation illégitime, cette base n'existant pas, il faut chercher l'autre inconnue qui justifie dans le problème la disposition

¹⁾ pr. I. de oblig. quæ quasi ex delicto (4—5).

légale donnant le droit au Juge de traiter le père probable en père réel. On ne peut la trouver que dans les relations sexuelles, dans l'acte illicite commis par le père.

Malgré la grande autorité de son auteur, cette argumentation ne me paraît pas exacte ¹⁾. La base de la créance alimentaire de l'enfant reste toujours le délit, alors qu'elle est purement personnelle. La paternité probable n'apparaît que comme un motif de la loi, tandis qu'en réalité c'est sur elle seule que repose cette créance ²⁾.

De plus, cette théorie est contraire au développement historique de cette institution tout entier.

Dans l'ancien droit romain, les jurisconsultes n'ont même pas entrevu la question des obligations du père naturel. La loi ne frappe, ni ne protège l'enfant illégitime : elle l'ignore. Aussi Justinien peut-il proclamer avec raison, dans sa Novelle 89, que jusqu'à Constantin, c'est-à-dire durant toute l'époque classique, le nom même d'enfant naturel est resté étranger à la langue du droit. Ce qui ne signifie pas que les naissances illégitimes fussent moins nombreuses qu'aujourd'hui, au contraire : l'inconduite était grande, puisque le Digeste consacre un titre spécial aux concubines ³⁾. « Indulgence des « mœurs pour les unions irrégulières, indifférence des lois pour les « enfants issus de ces unions, telles sont les deux contradictions, dit « M. Paul Gide, que la société païenne nous présente ⁴⁾. »

Issu de relations passagères (*stuprum*), le *spurius* ne connaît que sa mère et la famille de celle-ci. Vis-à-vis d'elle il jouit des mêmes droits que l'enfant légitime, peut en exiger des aliments et en hériter. Vis-à-vis de son père, il n'a aucun droit : pour ce dernier, il n'existe pas et ne peut exister ⁵⁾. Cette règle sévère s'appliquait à tous les enfants qui n'étaient pas issus d'un *matri-monium legitimum*, qu'ils soient *liberi vulgo concepti*, *spurii*, *adulterini*, *incestuosi* ou nés du concubinat.

Cet état de choses lamentable ne reçut une modification que

¹⁾ Holtzendorf, Rechtslexikon, I, 50.

²⁾ c. 5, X, de eo qui duxit (4—7); c. 13, X, qui filii sunt legitimi (4—17).

³⁾ de concubinis (27—7); C. (5—26).

⁴⁾ Gide, De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine.

⁵⁾ Gaius, I, § 64, *hi qui ex eo coïtu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique.*

sous Justinien. Voici dans quelles circonstances. Libré de toute condition légale, par la raison qu'il ne peut produire aucun effet juridique, ne tombant pas sous le coup de la loi pénale, *quia concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis pœnam est*¹⁾, le concubinat, toléré sous Auguste, se généralisa et devint plus tard une sorte d'union reconnue par la loi. Justinien, par la Nouvelle 89, accorda aux *liberi naturales*, c'est-à-dire aux enfants issus de cette union, un droit de créance alimentaire contre leur père²⁾, mais non contre ses ascendants³⁾. A l'égard des autres illégitimes qui, juridiquement, étaient considérés comme n'ayant pas de père, l'empereur laissa subsister l'ancien droit⁴⁾. Les sources donnent expressément à cette créance, l'*humanitas* et l'*œquitas* pour bases⁵⁾. Et alors même qu'il n'en serait pas ainsi, elle ne pourrait, en aucun cas, être envisagée comme dérivant d'un acte illicite simplement parce que le concubinat n'était pas, à cette époque, un délit, mais au contraire une union permise, reconnue par la loi, bien qu'étant hors mariage⁶⁾. Plus tard, il fut défendu. La créance alimentaire de l'enfant né du concubinat devait-elle changer instantanément de nature juridique, et se transformer en une obligation fondée sur un acte illicite? Evidemment non. Elle conserva sa base naturelle et logique, et fut seulement étendue par analogie à tous les illégitimes, quels qu'ils soient, lorsque tomba la barrière légale élevée entre les enfants nés du concubinat et les autres enfants naturels.

¹⁾ l. 3, § 1, D. de concubinis (25—7).

²⁾ Nov. 89, ch. 12, § 4 et § 6.

³⁾ Nov. 89, ch. 12, § 6: *Nam quod ad nepotes naturales attinet, illa obtineant, quæ jam a nobis diserte de iis disposita sunt*; c. XII, C., de natural. lib. (5—27).

⁴⁾ Ce dernier point a été fort contesté; quelques auteurs (Lindner: 1796, de obligatione alendi liberos illegitimos, p. 29; Bauer: de patre ad lib. qui bona habent alend. oblig. p. 8—9) estiment que Justinien accordait aussi ce droit aux *spurii* et *vulgo quæsi*. Ils se basent pour cela sur la nov. 89, ch. 15, qui dit: *Enumeremus, qui ne ipso quidem nomine naturalium digni sunt: ac primum quidem omnis, qui ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus nascitur, is nec naturalis vocabitur, nec a patribus aletur*. La concession n'est pas expressément faite c'est vrai, mais elle résulte clairement des mots *ac primum quidem*, qui laissent soupçonner un *deinde*, c'est-à-dire une classe subséquente d'enfants naturels. Justinien aurait simplement omis de les désigner plus explicitement ou n'aurait pas même jugé nécessaire de le faire.

⁵⁾ Nov. 89, præf. et ch. XII, § 6.

⁶⁾ l. 3, § 1 D. de concub. (25—7).

Il ne faut pas perdre de vue que, d'après le droit commun, la cohabitation hors mariage, bien que qualifiée délit, n'a toujours eu pour conséquence qu'une peine publique frappant les deux coupables, et jamais une obligation *ex delicto* pour le père de nourrir et d'entretenir l'enfant né de ces relations charnelles. Une semblable obligation existerait-elle, elle devrait frapper la mère aussi bien que le père, l'une étant aussi coupable que l'autre. Néanmoins, aucun auteur n'ose prétendre que la dette alimentaire de la mère est une *obligatio ex delicto*. Le droit commun accorde, en outre, à l'enfant naturel une créance alimentaire, non-seulement contre sa mère, mais encore contre les parents de celle-ci ; une créance de ce genre ne peut être, en aucun cas, envisagée comme résultant d'un acte illicite.

Toute obligation, dont un acte défendu est la source, suppose un dommage quelconque souffert par celui qui en demande la réparation. On conçoit difficilement comment le père, en lui donnant la vie, cause un préjudice à l'enfant ou commet un délit en le procréant. Jadis, la cohabitation hors mariage était un crime, de par la volonté du Législateur : la *Delictstheorie* pouvait se justifier. De nos jours où les relations sexuelles (à moins qu'elles ne soient incestueuses ou adultérines) sont des actes immoraux, mais non illégaux, elle perd son dernier et bien faible point d'appui.

Je reviens à la théorie pure et admetts, pour un instant, l'exactitude du principe.

Vous avez commis un délit, vous êtes tenu de réparer le préjudice que vous avez causé. C'est juste. Seulement, il est fort regrettable qu'en édictant cette prescription, le législateur ne lui ait pas donné plus de précision et de clarté. En effet, le mot *délit* a un sens très différent, suivant qu'il est employé dans la langue du droit criminel ou dans celle du droit civil. Dans la première, il désigne toute faute prévue et punie par la loi pénale ; dans la seconde, il désigne tout fait illicite et dommageable accompli avec l'intention de nuire. On peut se convaincre immédiatement par la seule lecture des définitions générales que je viens de donner, qu'il ne peut être question ici de délit, au sens pénal du mot, cela par le simple motif qu'aucun code pénal ne punit la cohabitation hors mariage comme telle.

C'est donc à un délit civil que nous avons affaire. Mais ce délit, que l'on impute à l'homme, en quoi consiste-t-il ? Est-ce dans la cohabitation, ou dans la paternité ?

Les relations sexuelles sont un acte commun, auquel les deux parties ont plus ou moins donné leur consentement, en toute liberté, sachant ce qu'elles faisaient et prenant un quasi engagement tacite d'en supporter les conséquences. La cohabitation est indivisible. Si elle est délictueuse pour le père, elle doit l'être évidemment pour la mère, puisque tous deux ont pris part à ce fait unique; et cependant est-il quelqu'un qui songe à faire reposer le devoir alimentaire maternel sur un délit? Pourquoi doit-il en être autrement de celui du père?

La paternité non plus ne réunit pas les éléments d'un délit civil. On ne peut soutenir sérieusement que donner la vie à un être soit un acte préjudiciable. D'ailleurs, pour souffrir un dommage, il faut déjà exister, le dommage supposant une modification de ce qui est; ce qui n'est pas encore ne pouvant subir aucune modification, partant aucun préjudice, cet appel à l'existence n'est nullement un tort causé à l'enfant et ne peut dès lors servir de base à une indemnité.

Ne sachant pas exactement en quoi consiste le délit, il est très délicat de préciser la personne qui est lésée.

Si l'on envisage le délit comme résidant dans le fait des relations sexuelles qui ont pu exister entre le père et la mère, il ne peut être commis que vis-à-vis de celle-ci, l'enfant n'étant pas encore procréé à cette époque. C'est elle seule qui en souffre, elle seule qui a droit à une réparation. C'est une action en dommages-intérêts ordinaire.

Si c'est au contraire la procréation, c'est-à-dire le fait d'avoir donné la vie à l'enfant, qui représente le délit, il peut être commis soit envers l'enfant, soit envers la mère.

Par la faute du procréateur, l'enfant naturel est privé à jamais des joies de la famille légitime. Entre lui et les parents de son père, aucun lien civil n'existe. Sa mère vient-elle à mourir, il reste complètement seul, abandonné de tous, sans protecteur, ni soutien. Il doit donc pouvoir s'adresser à celui qui l'a mis dans cet état de souffrance et d'ostracisme social, pour le contraindre à l'aider et à ne pas le laisser mourir de misère. Envers la mère, le père naturel a aussi des obligations très graves. Le plus souvent, c'est lui qui l'a détournée de ses devoirs, qui l'a engagée à céder à ses désirs sous de trompeuses promesses. Il lui a fait perdre son honneur, l'a dégradée moralement, lui a donné de nouvelles charges : frais de couches, de

baptême, puis, plus tard, augmentation des dépenses par suite de cette bouche nouvelle à nourrir, de ce petit être à vêtir et à élever. Il n'est donc que juste qu'il lui vienne en aide et contribue aux frais occasionnés.

Cette théorie du délit, assez ingénieuse et subtile cependant, n'est guère soutenable, car si nous recherchons, dans ces diverses hypothèses, les éléments indispensables de l'acte illicite du droit civil, engendrant une obligation de réparer le dommage causé, nous ne les retrouvons pas. Il y a bien un acte, plus ou moins imputable au défendeur, dommageable jusqu'à un certain point pour la demanderesse, mais ce qui fait totalement défaut, c'est l'élément essentiel, capital, sans lequel le délit civil est inexistant, l'intention dolosive, le fait d'agir sans droit, soit par imprudence, soit par négligence.

Je ne puis passer sous silence un autre système préconisé par quelques auteurs et qui, sans se confondre avec le système du délit fondé sur la paternité, offre cependant avec lui beaucoup de points communs : c'est le système qui tire du seul fait de la procréation, toutes les obligations du père naturel vis-à-vis son enfant, entre autres la dette alimentaire ¹⁾.

En procréant l'enfant, disent les partisans de cette dernière théorie, le père contracte envers lui une obligation pécuniaire, celle de l'entretenir, de l'élever, de le soigner. Cette obligation ne repose pas sur l'existence d'un rapport de parenté ou d'une relation personnelle, mais sur l'acte seul de la cohabitation, acte qui suffit, selon eux, pour créer une obligation civile. La créance alimentaire de l'illégitime se distingue de celle du légitime en ce que cette dernière repose sur la parenté, tandis que l'autre a sa source dans un fait d'où découlent certaines conséquences ²⁾. Aucun argument sérieux ne vient corroborer cette opinion. Si le procréateur doit nourrir son enfant, parce qu'il est son père, ou du moins parce qu'en droit il passe pour l'être ³⁾, on ne comprend pas comment une obligation alimentaire peut exister, sans une relation personnelle. Si, par la procréation, on est le père d'un enfant, ne devient-on pas du même coup son parent ⁴⁾ ?

¹⁾ Schrötter, dans la *Zeitschrift für Civilrecht und Procéd.*, V, 312 ;
Seuffert's Archive, XI, 42.

²⁾ Buengner, 76.

³⁾ Heerwart, *Zeitschrift für Civilrecht und Procéd.*, XVII, 332.

⁴⁾ Keller, *Pandekten*, p. 783.

Pour être complet, dans l'exposé des divers systèmes ayant cours,

Des grandes législations de l'Allemagne, la *Bavière* seule s'est officiellement rangée au point de vue du délit. Le Code bavarois¹⁾ reconnaît à l'enfant naturel un droit de créance alimentaire contre son père, mais le fait découler de l'acte illicite, des relations sexuelles²⁾ et non de la parenté. Tous les moyens de preuve sont admis ; l'obligation du père est primaire et passe à ses héritiers.

Si la Delictstheorie ne s'est pas généralisée davantage, elle a eu néanmoins un bon côté, celui de servir indirectement et dans une certaine mesure à atténuer la sévérité du principe prohibitif du Code Napoléon. Voici comment :

A la suite de la promulgation de l'art. 340, une jurisprudence nette et catégorique s'établit sans hésitation d'une manière qui semblait devoir être définitive. Quelques citations montreront de quelle façon les Tribunaux français comprenaient leur devoir.

« Attendu que toute recherche en paternité est abolie, non seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relativement
« aux aliments pour l'enfant, aux frais de gésine et aux dommages-intérêts, pour la mère, par la raison que la paternité étant indivisible un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour
« un autre, qu'en condamnant M*** à des dommages-intérêts et aux
« frais de gésine; le Tribunal a commis un excès de pouvoir et violé
« l'art. 340,

« par ces motifs, casse.....³⁾ »

je dois mentionner une dernière théorie qui peut cadrer soit avec celle de la parenté, soit avec celle du délit fondé sur la parenté. C'est la théorie qui assigne comme base aux obligations du père naturel la probabilité de la paternité. Cette opinion est pour le moins surprenante, une simple probabilité ne suffisant absolument pas pour créer une obligation. Comment justifier, dans le cas particulier, cette extraordinaire exception ? Comment faire équivaloir juridiquement une possibilité et une vérité ? Nous avons vu plus haut la manière dont Windscheid s'y est pris, en introduisant l'idée de délit. Mais c'est du même coup justifier une théorie que l'illustre professeur lui-même reconnaît être insoutenable ; c'est permettre à l'enfant d'actionner son auteur pour un acte auquel il doit l'existence. Question très délicate, puisque aujourd'hui les relations sexuelles, ne sont plus, civilement parlant, un acte défendu, un délit. Voir Seuffert's Archive, XXXV, 27 ; Göschel, Pand., I, 150 ; Auerbach, Verhandl. des 3 deutsch. Juristentages, II, 261 ; Böhlau : Mecklemb., L. R. II, 26, note 28.

¹⁾ Landrecht bavarois, I, 4, § 7, n° 5, § 9, n° 4.

²⁾ Seuffert's Archive, XXX, p. 222.

³⁾ Arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1806.

D'autres arrêts suivirent ¹⁾ et une constante interprétation fit disparaître du rôle des audiences tous les procès en paternité ou même en dommages-intérêts pour cause de grossesse illégitime, pension alimentaire, etc. Immuable jusqu'en 1845, cette jurisprudence se transforma à partir de cette époque. Un arrêt de la Cour d'appel de Bastia ²⁾ semble avoir distingué le premier entre la demande de réparation fondée sur l'art. 1382 du Code civil et l'action en paternité. Il n'osa point, bien que les aliments fussent réclamés en faveur de l'enfant, aller jusqu'au bout de la doctrine qu'il inaugurerait, et se borna à accorder des dommages-intérêts à la mère « sans rechercher « si l'enfant qu'elle a mis au monde est le fruit de son union avec « le défendeur. » Depuis lors, ce Rubicon juridique a été franchi à maintes reprises.

Les adversaires de l'art. 340 voyant que les procès en séduction se heurtaient à l'interdiction de la recherche en paternité, essayèrent un biais, pour arriver à faire admettre les choses en écartant les mots. Il est vrai, disent-ils, que la recherche en paternité est interdite ; mais en demandant des dommages-intérêts, des aliments pour l'enfant, nous ne faisons qu'exciper de l'art. 1382 C. c., dont le sens général s'applique à tous les cas dans lesquels il y a eu un dommage souffert, un préjudice éprouvé ; de plus, lorsqu'il y a promesse de mariage et inexécution de cette promesse, nous excipons des art. 1142-1149 C. c. Notre intention n'est pas d'arriver à une recherche en paternité déguisée, et si nous soutenons cette manière de voir, c'est qu'elle frappe le séducteur, cause d'un dommage, coupable d'un quasi-délit, presque d'un délit.

Les Juges admirent ce système ingénieux qui satisfaisait leur conscience, la justice et la nature, sans cependant violer le texte de la loi.

On peut, soit comme le conseille Morelot, déclarer en droit que l'action en réparation du préjudice causé par la naissance d'un enfant est différente de la recherche en paternité ³⁾, soit plus simplement, comme l'indique Marcadé, recourir à une simple habileté de rédaction, « admettre les choses en écartant les mots et attribuer cons-

¹⁾ dans le même sens : arrêts des 10 mars 1808, 14 mai 1810 et 14 mai 1814. Coulet p. 42 et 43.

²⁾ du 3 février 1834 ; Dalloz, Mariage N° 82, 110.

³⁾ Morelot : De la reconnaissance des enfants illégitimes, p. 272.

« ciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due, mais ne rien écrire dans les pièces de la procédure, et surtout dans le jugement, qui contienne une attribution de paternité, « l'art. 340 ne le permettant pas ¹⁾. »

C'est ce qui se produisit.

La Cour de cassation admit cette manière de voir et décida notamment que les Tribunaux pouvaient « prendre pour base légale d'une réparation civile, l'engagement pris par le séducteur, « de subvenir à l'entretien d'un enfant non reconnu, alors même que cet engagement résulterait non d'un acte, mais d'une simple correspondance, ou même d'un ensemble de circonstances ²⁾... »

« L'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts s'il en est résulté un préjudice réel, ce préjudice peut résulter de la grossesse de la fille, lorsqu'il est établi, soit par les circonstances, soit par l'aveu de celui qui avait fait la promesse, que cette grossesse est son œuvre. Ce n'est pas là admettre la recherche de la paternité » ³⁾. La séduction, et elle se retrouve à dose plus ou moins élevée dans tous les procès de ce genre, peut être considérée, affirme la Cour de cassation française, comme un quasi-délit susceptible de servir de base à une action en dommages-intérêts ⁴⁾.

Les Cours d'appel ne restèrent pas en arrière : « Attendu que l'enfant naturel, comme l'enfant légitime, a le droit de réclamer des aliments de ses père et mère, et que cette obligation est réciproque, que seulement le mode de prestation de ces aliments est laissé à la prudence du Juge... la Cour maintient la condamnation prononcée ⁵⁾. » Cette manière de voir se généralisa bientôt ⁶⁾,

¹⁾ Revue de la Jurisprudence III, 205.

²⁾ Cour de cassation, Arrêts des 27 mai 1862 ; 26 juillet 1864 et 15 janvier 1873. Exposé des motifs du Projet Béranger. Coulet p. 196.

³⁾ Cour d'appel Toulouse, 5 juillet 1843 et Cour de cassation, 24 mars 1845. (Daloz 1845, I, 177.)

⁴⁾ Cour de cassation, 26 juillet 1864. (Daloz 1864, I, 349-350.)

⁵⁾ Cour d'appel de Bordeaux, 22 février 1851. (Daloz 1851, II, 197.)

⁶⁾ Bordeaux, 5 août 1847. (Daloz 1848, II, 97.) Bordeaux, 5 janvier 1848. (Daloz 1848, II, 98.) Caen, 6 juin 1850. (Daloz 1855, II, 178.) Montpellier, 10 mai 1851. (Daloz 1855, II, 179.) Dijon, 16 avril 1861. (Daloz 1861, V, 423, N° 24.) Caen, 10 juin 1862. (Daloz 1862, II, 129.) Colmar, 31 décembre 1863. (Daloz 1865, II, 21.) Grenoble, 18 mars 1864. (Daloz 1865, II, 22.)

tant avait de force le sentiment que le Code était trop rigoureux à l'égard de cette classe d'enfants.

« L'engagement de subvenir aux besoins d'un enfant naturel, » dit un autre arrêt, « pris dans le but de remplir le devoir que la conscience impose au père illégitime vis-à-vis son enfant, est licite et « devient civilement obligatoire, s'il est accepté, tout lien de paternité mis à part ¹⁾. »

Plus récemment encore, la Cour de Vendôme ²⁾ admettait comme parfaitement fondée une demande de dommages-intérêts formée par une fille séduite, sur le motif que la séduction avait été suivie de grossesse et exercée au moyen de promesse de mariage. L'auteur d'une promesse de ce genre, la pratique et la doctrine sont d'accord sur ce point, ne peut être contraint à l'accomplir. Y a-t-il lieu à une action en dommages-intérêts ? Les uns admettent que les dommages-intérêts sont toujours dus ; pour cela ils s'appuient sur les art. 1142 et 1149 C. c., et décident que les dommages-intérêts doivent être basés, non seulement sur le *damnum emergens*, mais encore sur le *lucrum cessans*, d'où il suit que toute clause pénale, jointe à une promesse de mariage, est pleinement valable ³⁾. D'autres, au contraire, nient l'applicabilité des art. 1142 et 1149; les promesses de mariage étant nulles. C'est au moment de la célébration que le consentement, expression d'une volonté absolument libre, doit être donné. Il n'y a donc pas à prendre en considération le *lucrum cessans*. Quant au *damnum emergens*, il peut donner lieu à une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382, C. c. ⁴⁾.

¹⁾ Cour de cassation. Arrêt du 15 janvier 1873. (Dalloz 1873, I, 180); dans le même sens : Angers, 30 avril 1873. (Dalloz 1873, II, 139.)

²⁾ Arrêt du 7 mai 1887 (Pandectes françaises 1887, II, 274); dans le même sens : Douai, 20 juin 1887 (Pandectes françaises 1887, II, 362.)

³⁾ Touillier : Le droit civil français, vol. VI, N° 193 à 202.

⁴⁾ Riom, 26 décembre 1887 et 22 février 1888 (Pandectes françaises 1888, II, 134). « La séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives et suivie de « grossesse, renferme pour le séducteur un élément de responsabilité qui l'oblige « à réparer le préjudice causé par lui. » Cour de cassation 25 février 1890, (Pandectes françaises 1890, I, 507.)

Lyon, 1^{re} chambre du Tribunal civil, 12 juillet 1890 : « Est justifiée l'action « en dommages-intérêts formée par une jeune fille, à la suite d'une grossesse « contre son réducteur lorsqu'il est établi que jusqu'alors honnête et d'une vie « sans reproches, elle n'a cédé à ce dernier que par suite de ses promesses fallacieuses et de l'ascendant que lui donnaient sur elle sa supériorité d'âge, de

La doctrine française est fort bien résumée dans les sommaires suivants, par lesquels les Tables périodiques de Dalloz ont analysé les principaux arrêts : « Une femme peut être admise à prouver, à l'appui d'une demande en dommages-intérêts formée par elle à raison de l'inexécution d'une promesse de mariage, que celui de qui cette promesse est émanée, est l'auteur de sa grossesse. La réparation doit comprendre, soit les pertes matérielles actuellement réalisées, soit celles qui seraient les conséquences nécessaires du tort fait à la réputation et notamment de la grossesse et de l'accouchement de la fille délaissée. La séduction exercée sur une jeune fille, au moyen d'une promesse de mariage, et de laquelle résulte une grossesse, constitue un quasi-délit qui peut motiver contre son auteur une action en dommages-intérêts ¹⁾. »

On ne peut qu'applaudir à cette jurisprudence, stricte application des règles de la conscience, du droit naturel et de la morale. Ce résultat heureux n'aurait certes pas été si rapidement atteint sans l'appui favorable qu'il rencontra auprès de l'opinion publique, profondément émue, dès l'entrée en vigueur du Code civil, de la situation intolérable faite à l'illégitime, et sans la vive campagne entreprise en sa faveur et sur laquelle j'aurai l'occasion de revenir plus tard.

§ III.

Des conséquences résultant du système adopté.

La parenté et le délit, tels sont les deux fondements sur lesquels le législateur peut, à son gré, asseoir les obligations du père vis-à-vis de son enfant naturel. Le premier correspond exactement au développement historique de la créance alimentaire de l'illégitime. Il se retrouve déjà dans le droit romain, passe dans celui des Pan-

« situation sociale et son titre de patron ; elle n'implique pas la recherche en paternité, prohibée par l'art. 340 c. c. » (Pandectes françaises 1891, II, 46.)

Nîmes, 1^{er} chambre, 20 janvier 1891 (Pandectes françaises 1891, I, 231). La promesse doit avoir eu lieu avant les relations intimes et il faut qu'elle en soit la cause déterminante.

Paris, 4^{me} chambre, 4 juin 1892. (Pandectes françaises 1894, II, 38.)

¹⁾ Dalloz, au mot : Promesse de mariage Nos 8 et 12.

dectes, règne en maître dans le droit commun germanique et, toujours aussi inébranlable, s'impose encore aujourd'hui avec la même indiscutable force. Le second, le délit, est un fondement plus artificiel et factice que naturel. Il résiste mal à une étude approfondie et traduit involontairement, par son vague et son manque de solidité, l'incertitude intime du législateur qui l'adopte et le peu de confiance qu'il lui inspire.

Etant donné les divergences considérables qui existent entre ces deux fondements, et que nous connaissons, il est clair que les conséquences pratiques qui en découleront seront différentes, suivant que l'on adoptera l'un ou l'autre de ces systèmes.

Ainsi, par exemple, le fait de savoir si l'enfant est vraiment le fruit d'une cohabitation accidentelle, passagère, ou s'il a été conçu de relations sexuelles subséquentes de la mère avec d'autres hommes, demeurant incertain, il naît en faveur du prétendu père une exception libératoire, s'il parvient à établir d'une façon incontestable qu'il n'a pas été seul à jouir des faveurs de la mère pendant l'époque critique, que d'autres que lui ont cohabité avec elle entre le 300^{me} et le 180^{me} jour avant la naissance de l'enfant. C'est ce qu'on appelle l'*exceptio plurium concumbentium*, ou *constupratorum*, ou encore le *congressus cum pluribus*. La portée de cette exception est très controversée et les auteurs lui donnent des solutions variées. Les uns admettent l'*exceptio plurium concumbentium* et libèrent ainsi complètement tous les concubins ¹⁾; d'autres la repoussent absolument et font répondre tous les *constupratores* solidairement ²⁾; ceux-ci ne lui accordent qu'un effet partiel, les concubins répondent chacun pour leur quote-part ³⁾; ceux-là, guidés par un sentiment d'équité, l'admettent dans le cas où la mère peut, par ses propres moyens, fournir des aliments à l'enfant, mais la rejettent dans l'hypothèse contraire ⁴⁾; d'autres, enfin, estiment qu'elle suspend le droit d'action ⁵⁾.

¹⁾ Stobbe, Privatrecht, IV, § 262, p. 418, note 38; Buengner, p. 112; von Roth, II, § 173, p. 385.

²⁾ Windscheid, § 475, II, 713; Glück, Commentar, XXVIII, 199; Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Proc., V, 314; Landrecht prussien, II, 2, 619, 620; Code civil saxon, § 1872; Loi badoise du 21 février 1851, § 176, 34.

³⁾ Windscheid combat cette opinion, II, § 475, note 20.

⁴⁾ Buengner, p. 113.

⁵⁾ Heerwart, Archive für Civil-Praxis, XIV, 451; XVII, 86; Busch, id. XXIII, 228; Loi prussienne du 24 avril 1854, § 9.

La question de savoir quel est le fondement de la dette alimentaire a, c'est évident, une importance considérable sur la solution du problème de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de l'*exceptio plurium concumbentium*. Sous peine d'être taxée d'inconséquence et d'illogique, la théorie qui voit dans la parenté la base de cette obligation, doit admettre l'*exceptio plurium concumbentium* car elle détruit la présomption de procréation et, du même coup, la présomption de parenté, tirée du fait négatif que la mère n'a pas cohabité pendant l'époque critique avec un autre que celui qu'elle actionne. Si le contraire est prouvé, c'est-à-dire si la cohabitation avec plusieurs hommes est établie, la base de cette présomption de paternité s'écroulant, on retombe dans le doute et l'incertitude; au milieu des divers *constupratores*, on ne sait lequel doit être envisagé comme étant le père; dans ce cas, la présomption de paternité pèse simultanément sur plusieurs, et comme d'après les lois de la nature, le fait présumé n'est l'œuvre que d'un seul, la présomption à l'égard d'un sujet déterminé est anéantie ¹⁾).

L'un ou l'autre des partisans de la *Verwandtschaftstheorie* se sont néanmoins rendus coupables de l'inconséquence dont je parlais il y a un instant, en affirmant que l'*exceptio plurium concumbentium* était inadmissible ²⁾. Pour motiver leur opinion, ces auteurs s'appuyent surtout sur le fait que la cohabitation juridiquement établie a pour conséquence la présomption de grossesse. Le défendeur doit être tenu nécessairement, puisqu'il ne pourra jamais apporter la preuve que, malgré ses relations sexuelles avec la mère, un autre des concubins a procréé l'enfant et en est par conséquent le père. Libérer tous les concubins, dans l'hypothèse, est une monstruosité juridique, puisque l'époux lui-même n'est pas libéré de l'obligation de nourrir et d'élever l'enfant que sa femme adultère met au monde ³⁾; bien plus, qu'il y est contraint aussi longtemps qu'il n'établit pas d'une manière évidente l'impossibilité de procréer, dans laquelle il se trouve. Cette règle doit, par analogie, recevoir une application d'autant plus facile dans l'hypothèse de la procréation hors mariage qu'il ne s'agit plus de droits étendus et puissants, mais seulement d'une créance alimentaire.

¹⁾ Buengner, p. 115, note 87.

²⁾ Mühlenbach, I, p. 395; Bülow et Hagemann, II, No 59, p. 387-390.

³⁾ l. 11, § 9 D., ad legem Juliam de adulteriis (48—5).

La présomption de procréation, partant celle de parenté, ne repose pas uniquement sur le fait des relations sexuelles, mais aussi en même temps sur l'exclusivité de ces relations avec un seul et même homme. L'opinion souvent émise que la libération des concubins est contraire à l'analogie juridique tirée du cas cité plus haut, est également fort peu soutenable. En effet, la règle du droit romain n'a qu'un but : préserver l'institution du mariage et lui conserver tout son prestige. Si des concubins seuls se trouvent en présence, un sujet déterminé auquel on puisse appliquer par analogie la présomption de paternité fait défaut. Une femme mariée, au contraire, est-elle adultère ? de tous ceux qui ont eu des rapports intimes avec elle, un seul, le mari, a, vis-à-vis d'elle, une situation particulière, puisque seul il est lié avec elle par un contrat, le mariage. Il est donc tout indiqué que l'on fasse retomber sur lui seul la présomption de procréation. Vient-il à manquer, sur lequel des amants de la femme faire peser la dite présomption, aucun signe particulier ne le désignant ? Mystère !

Quelques auteurs, tout en reconnaissant en principe l'admissibilité de l'*exceptio plurium concumbentium*, veulent cependant faire répondre solidairement les divers concubins dans le cas où la mère serait sans ressources ¹⁾. Le principal argument que l'on fait valoir est que chaque *constuprator*, par sa cohabitation avec la mère, a rendu l'incertitude de la paternité plus grande, et retiré, par le fait même, à l'enfant, la possibilité de rechercher son père présumé et de voir ses efforts couronnés de succès. Chaque concubin doit donc réparer le tort causé à l'enfant par cet acte illicite, et l'action devient une *actio in factum ex lege Aquilia*. Cette opinion est sans doute philanthropique, mais elle se heurte au principe que l'obligation de réparer, incombant à celui qui fait du tort à autrui sans intention mauvaise, est limitée au cas où la chose a été endommagée ou détruite. La lésion d'un droit ne tombe pas sous le coup de la *lex Aquilia* ²⁾, et il n'existe pas d'autres sources pour justifier un *damnum injuria datum*. De plus, une personne physique n'a pu souffrir un dommage, si elle n'existait pas au moment de l'acte dolosif. Voudrait-on même appliquer la maxime : « *nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis agitur* » ³⁾, encore faudrait-il admettre préalable-

¹⁾ Buengner, p. 101—103 et 114.

²⁾ D. ad legem Aquiliam, (9—2).

³⁾ l. 7 D. de statu hominum (1—5).

ment que l'embryon était déjà formé dans le sein de la mère à l'époque de la cohabitation. Précisément dans le *congrissus cum pluribus*, cela est incertain et ne peut être juridiquement ni prouvé, ni constaté ¹⁾.

La théorie de la parenté doit donc, logiquement, admettre l'*exceptio plurium concumbentium* ; la théorie du délit, au contraire, la repousser. En effet, la portée d'un acte illicite ne peut être atténuée par le fait qu'un autre a commis un acte semblable ; de même la possibilité de la paternité n'est nullement détruite, parce qu'une possibilité pareille frappe quelqu'un d'autre. A ces deux points de vue, les concubins doivent tous être tenus solidairement ²⁾, sans droit de recours l'un contre les autres ³⁾. C'est assurément fort juste. Les concubins ne répondent pas d'un délit perpétré en commun, ils ne sont pas des co-auteurs, mais chacun d'eux répond individuellement de l'acte illicite qu'il a commis en particulier. Il doit en supporter toutes les conséquences légales et naturelles, comme s'il était seul à l'avoir accompli.

Aux yeux du Législateur, le délit réside-t-il dans le fait même de la procréation, et non, comme je viens de le supposer, dans les relations sexuelles, l'*exceptio plurium concumbentium* doit être admise, car, comme je crois l'avoir démontré plus haut, cette preuve de rapports intimes de la mère avec plusieurs, détruit complètement la présomption de procréation qui pèse sur le défendeur.

Les solutions données à cette question sont très-différentes : La plupart des Codes ⁴⁾, comme aussi la Jurisprudence ⁵⁾, rejettent cette exception, tout en fondant la dette alimentaire du père naturel sur la parenté ou la procréation. Il en est cependant qui libèrent

¹⁾ Une autre opinion assez singulière, fait répondre celui des divers *construpratores* dont la cohabitation coïncide le plus exactement avec l'époque de l'accouchement. Cette manière de voir est peu admissible, car il n'y a pas un temps normal de gestation. L'accouchement se produira régulièrement de la 38^{me} à la 40^{me} semaine.

²⁾ Windscheid, II, § 475, p. 713.

³⁾ Glück. XXVIII, 200 ; Holzschuher, I, 518, N^o 21 ; Bülow et Hagemann, VII, 289.

⁴⁾ Code civil autrichien, I, 3, § 613 ; Code civil saxon, § 1872 ; Loi badoise du 21 février 1851, § 5.

⁵⁾ Seuffert's Archive IX, 167 ; X, 171 ; XVI, 117.

complètement les concubins et admettent l'*exceptio plurium concubentium* en plein ¹⁾).

A côté de cette exception qui, par son importance et son étroite liaison avec le sujet de ce chapitre, méritait de nous arrêter plus longtemps, il est une foule d'autres conséquences qu'il serait assurément très intéressant de voir en détail, mais que je me bornerai à énumérer rapidement par la raison qu'elles ne rentrent pas directement dans l'objet de ce travail.

Ainsi le fait qu'à l'époque de la conception la mère a mené une vie dissolue, qu'elle a déjà mis au monde un enfant naturel d'un autre que le défendeur, qu'elle fréquente ou sort de maisons de tolérance, qu'elle se livre habituellement et publiquement à la prostitution, qu'un Jugement en divorce ou en séparation de corps pour cause d'adultère a été prononcé contre elle, ou enfin qu'elle est sous le coup d'une condamnation criminelle, ne détruit absolument pas, dans la théorie de la parenté, la présomption de paternité qui pèse sur le défendeur. Ce sont là des faits personnels à la mère, auxquels l'enfant est étranger, qui lui sont indifférents et dont il ne doit pas supporter les conséquences. Ils ne regardent que la mère, elle seule doit en souffrir et, fussent ils prouvés, n'empêchent en aucune façon l'homme désigné d'être le père de l'enfant. Ils ne peuvent donc pas être versés au procès.

Dans la théorie du délit, c'est le contraire qui se produit. Ces faits prennent une importance immense, surtout si l'on admet, comme c'est l'opinion générale, que le délit est commis envers la mère; la gravité de l'acte illicite de l'homme diminue, et avec elle les suites légales qui en découlent, à mesure que l'indignité et le dévergondage de la partie soi-disant lésée deviennent plus manifestes. Et ce n'est que juste. Une femme de mœurs légères, condamnée criminellement, adultère peut-être ou prostituée, mérite assurément fort peu d'exciter la pitié du Législateur, et il a raison de lui retirer les avantages et privilèges accordés aux femmes séduites ou entraînées, qui en sont à leur première faute.

Cette action en prestation d'aliments, à qui appartient-elle? qui l'exerce? qui peut y renoncer? Et d'abord, qu'entend-on par ce mot: action? C'est le droit de réclamer en justice ce qui nous

¹⁾ Loi prussienne du 24 avril 1854, § 9 et 13; Loi württembergaise du 2 septembre 1839, art. 28.

est dû ou nous appartient. Il n'y a d'action que s'il y a un droit, puisque l'action n'est que la mise en œuvre du droit; c'est le droit sanctionnateur d'un droit générateur préexistant. Il faut, en outre, un intérêt né et actuel. Ces quelques mots suffisent pour pouvoir répondre à la question que je me suis posée plus haut.

Le créancier de la dette alimentaire, c'est l'enfant; c'est à lui qu'elle doit être payée, c'est donc à lui que l'action appartient de droit, dans la théorie de la parenté: il a un droit, il a un intérêt. Mais comme ses facultés ne lui permettent pas d'en user pratiquement lui-même, la loi transmet ce droit à la mère qui l'exerce en son lieu et place, en sa qualité de représentante légale de son enfant. Cette transmission peut également être faite en faveur du tuteur ou de l'autorité pupillaire, qui nomme, dans ce dernier cas, un assistant spécial. La théorie du délit, conséquente avec son fondement, abandonne ce droit, soit à la mère, soit à l'enfant, suivant que l'on envisage le délit comme étant commis envers l'un ou envers l'autre. C'est au lésé, à celui qui souffre le préjudice, que l'action en réparation appartient.

Quant à la renonciation à ce droit, elle ne peut intervenir valablement que si elle émane de celui, ou de celle, qui le détient: l'enfant ou la mère suivant le système adopté.

Ici se pose une autre question? Quelle est la loi applicable, quel est le tribunal compétent?

En principe, l'origine et le motif de l'action sont indifférents; seule la nature des conclusions est déterminante. Si le but poursuivi est de fixer l'état-civil de l'enfant, d'établir entre son auteur et lui un lien de parenté déployant toutes les conséquences légales de la reconnaissance forcée, si c'est en un mot, une action en statut, la loi nationale du père ou de la mère est seule applicable. Par contre, si l'action n'a pour objectif que l'allocation d'une somme d'argent, pension alimentaire ou indemnité, peu importe, c'est la loi du domicile du défendeur qui fait règle.

Le principe sur lequel repose l'action n'est pas non plus étranger à son for. La recherche en paternité est-elle considérée comme une action en statut, le procès doit être porté devant le Juge national du père? Cette même recherche n'a-t-elle plus pour but que la prestation d'aliments, elle est envisagée, quoique fondée sur la parenté, comme exclusivement personnelle, dans le sens de l'art. 59 de la Constitution fédérale de 1874 et à ce titre renvoyée

devant le tribunal du domicile du défendeur. Si, enfin, le point de vue du délit prévaut, l'action sera portée au *forum delicti commissi*, éventuellement au domicile de la mère à l'époque de la conception.

Certains codes pénaux, le nôtre en particulier ¹⁾, punissent ceux qui négligent à un haut degré les soins que réclament l'entretien et l'éducation de leurs enfants légitimes ou naturels. Dans la théorie de la parenté, cette disposition trouve une juste application. L'homme, qui, ayant été condamné à fournir des aliments à un enfant parce que l'on a établi sa paternité, néglige volontairement de le faire, se rend évidemment coupable du délit d'abandon de famille. Le Jugement civil qui le condamne, rend public le lien naturel et secret qui les unit. Une peine sanctionnera dès lors l'inexécution des obligations que cette consanguinité fait naître, comme elle sanctionne l'inexécution des devoirs dérivés de la filiation légitime. Au contraire, dans la théorie du délit, il ne peut être question de poursuivre, sous la prévention d'abandon de famille, l'homme qui a été condamné à fournir des aliments à un enfant illégitime. Aucun lien de parenté ne les unit, et s'il ne s'exécute pas, le père ne tombe point sous le coup de la loi pénale, mais s'expose seulement aux mesures qui peuvent être prises pour assurer l'exécution d'un Jugement civil.

Le fondement assigné à l'action alimentaire est également d'une importance capitale dans le cas de mariage entre le procréateur et son enfant naturel. Un père peut-il légalement épouser sa fille illégitime ? Dans le système de la parenté, la question ne se pose même pas, cela est impossible. Mais dans celui du délit, on peut parfaitement soutenir, me semble-t-il, et avec raison, qu'en théorie, une condamnation à des dommages-intérêts par suite d'un acte illicite n'est aucunement un empêchement au mariage. Il n'existe entre les parties que des rapports de créancier à débiteur, et non un lien de sang, de parenté, prohibitif d'une union civile et légale.

Les parents de l'auteur d'une grossesse peuvent-ils être recherchés à défaut de leur fils, pour remplir les devoirs qui incombent à ce dernier ? la créance alimentaire s'éteint-elle par la mort du débiteur, ou bien passe-t-elle à ses héritiers ? l'auteur irresponsable

¹⁾ Code pénal fribourgeois, art. 384.

peut-il être actionné et condamné à fournir des aliments..., etc. ? Voilà encore une foule de questions importantes sur la solution desquelles le principe posé à la base de l'action a une influence capitale. Tandis que la théorie de la parenté répond : « oui » à toutes ces alternatives, celle du délit répond : « non », sauf à la seconde. Je ne fais que les mentionner en passant, sans m'y arrêter davantage ; leur discussion ne rentre pas dans le plan de cette étude et m'entraînerait trop loin.

CHAPITRE II

HISTORIQUE

Les documents qui servent de base à l'histoire juridique de notre République, dans les premiers temps de son existence, ne jettent pas sur la question qui nous intéresse une bien vive lumière. Les renseignements que l'on recueille, en parcourant ces vénérables parchemins, sont malheureusement trop clairsemés et trop minimes, pour que l'on puisse se faire une idée claire et exacte de la situation comme des droits de l'enfant naturel à cette époque, et en particulier pour que l'on dégage nettement le principe fondamental de la créance alimentaire dont il jouissait.

La science du droit était alors à l'état embryonnaire. On ignorait les subtilités de langage de notre siècle, c'est vrai ; mais le sentiment inné de l'équité et de la justice, guidant seul la conscience de nos aïeux et l'esprit de leurs lois, il ne venait même pas à leur pensée de faire retomber sur l'un des deux coupables le poids total de la faute commune. La recherche de la paternité, créant entre le père et l'enfant un lien de parenté civil, avec toutes ses conséquences naturelles, était, à coup sûr, permise, seulement, dans ce premier état du droit, le législateur ne se préoccupe que du fait : le luxe ridicule des peines édictées contre celui qui, en dehors de l'union légale, se laisse aller à des relations coupables, le prouve à l'évidence. On ne voyait dans la procréation illégitime que le péché, la violation des lois religieuses et morales, délit sévèrement puni à cette époque, de foi ardente, souvent aveugle. Les conséquences logiques de l'acte lui-même paraissent si évidentes, si naturelles, qu'on ne prend pas la peine de les déterminer. Ce n'est que plus tard, sous l'influence d'une culture juridique plus avancée, que se pose la question des obligations du père naturel et des droits des enfants illégitimes. De la filiation naturelle naît une créance alimentaire en faveur du bâtard contre son auteur, créance qui se développe peu à peu, faisant à celui-ci un devoir d'entretenir et d'élever celui-là, ou du moins de contribuer à son entretien et à son éducation.

§ I

Droit ancien et droit coutumier.

La *Handfeste*, octroyée à Fribourg par les comtes de Kybourg ¹⁾ et qui reproduit les dispositions contenues dans la Charte de Berthold IV, duc de Zähringen, fondateur de la ville, pas plus que les *coutumiers de La Roche* ²⁾ et de *Bellegarde* ³⁾, ne parlent expressément d'une action alimentaire ou autre, de l'enfant illégitime contre son père. Le bâtard, bien que jouissant de la possession d'état, ne pouvait hériter de son auteur qu'à la condition d'être reconnu par les parents de celui-ci. C'est ce que nous apprend une lettre du Conseil de Fribourg à l'Avoyer d'Estavayer ⁴⁾.

Les autorités comprirent la nécessité qu'il y avait d'établir d'une manière fixe, la filiation des enfants naturels, et pour arriver à ce but, elles s'adressèrent aux curés qui baptisaient et tenaient un registre des naissances. Le 3 octobre 1596, une ordonnance fut rendue, à teneur de laquelle : « il est enjoint à tous les seigneurs, « curés et leurs substitués vicaires, par le devoir d'obéissance qu'ils « ont à leurs supérieurs, qu'ils soient tenus de déclarer et révéler « les pères de tels enfants illégitimes, aux officiers, dans la ville et « les vingt-quatre paroisses, afin que le mal ne demeure impuni et « tel péché, tant que possible, soit contre gardé ⁵⁾. »

La *Municipale* ⁶⁾ ne s'est pas beaucoup préoccupée des droits de l'enfant naturel, au point de vue de sa filiation et de sa vie matérielle. La seule disposition intéressante pour nous est celle qui oblige l'héritier « à entretenir honnêtement » le bâtard du défunt « selon la nécessité, et quand il sera parvenu à ses jours, « le pourvoir de ménage et dotation raisonnable et compétent selon

¹⁾ Le 28 juin 1249.

²⁾ 1438—1526.

³⁾ 1560.

⁴⁾ Lettre du 18 août 1563. Missival N° 21, p. 107.

⁵⁾ Livre des Mandats souverains, II, 140 et 141

⁶⁾ 26 mai 1648.

« la portée des biens¹⁾ ». En cas d'inexécution, le magistrat avait toute autorité pour contraindre le successeur à respecter ce privilège de l'enfant. Le fait d'avoir nourri un illégitime ne donnait nullement à ce dernier un droit successoral quelconque contre le père. La Municipale ne consacre pas officiellement la recherche en paternité, mais par le silence qu'elle garde sur ce point, on peut supposer, dit M. Bussard, qu'elle ne l'interdisait pas.

Le *coutumier d'Estavayer* ²⁾ est plus explicite : il permet à l'enfant de rechercher son père, et accorde à la déclaration de la fille-mère une valeur probante considérable. « Une fille ou femme, étant enceinte, devra lors et au temps de son accouchement, ou incontinent après qu'elle sera accouchée, être examinée par serment pour déclarer à qui l'enfant appartient et sera à croire la première fois au serment qu'elle fera, et sera tenu l'homme ou le garçon iceluy enfant recevoir et tenir pour sien³⁾ ». La mère, en punition de sa faute, devait entretenir et élever l'enfant pendant la première année. A l'expiration de ce temps, le père avait le devoir de s'en charger exclusivement et de le traiter comme s'il eut été légitime.

A côté de ces lois, régissant la partie catholique du canton, on rencontrait dans la vallée de la Broye et le baillage réformé de Morat des coutumiers spéciaux. Berne en avait promulgué un en 1562 ⁴⁾; il servit de modèle à celui de Fribourg du 15 juin 1650 et était en vigueur à Romont, Rue, Surpierre, St-Aubin, Portalban, Delley. Il ne parle pas d'une créance alimentaire de l'enfant naturel.

Morat était régi par les *Lois consistoriales pour les trois baillages de Morat, Grandson et Echallens* de 1758, qui abrogèrent, dans cette partie du territoire fribourgeois, la loi du 15 juin 1650. Ces *Lois consistoriales* réglaient de la manière suivante les droits des bâtards. La fille enceinte devait, dans les trois mois avant ses couches, faire sa déclaration de grossesse au consistoire de son domicile et indiquer le nom de l'auteur, « afin qu'il puisse être cité et entendu ⁵⁾ ». Le serment n'était prêté, lors de l'accouchement, que si l'accusé

¹⁾ § 421, édition annotée par M. Bussard, p. 243.

²⁾ De 1671.

³⁾ Coutumier d'Estavayer, p. 121.

⁴⁾ Il est l'œuvre d'un nommé Pierre Quisard ; voir l'ouvrage de Schnell et Heusler : *Der Commentaire coutumier des Waadtslandes von P. Quisard* (*Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XIII et XIV).

⁵⁾ *Lois consistoriales*, p. 60.

niait la cohabitation. L'enfant suivait la condition de la mère et n'était pas adjugé au père; ce dernier devait payer une indemnité de dix livres bernoises à la femme. Quant à l'entretien et aux frais d'éducation de l'enfant, le consistoire avait l'alternative d'en charger la mère, soit pour la $\frac{1}{2}$, soit pour le $\frac{1}{3}$, l'accusé devant parfaire la somme nécessaire ¹⁾).

§ II.

L'Ordonnance contre l'Impureté.

(7 février 1764)

En dépit de ces lois, l'inconduite augmentait et avec elle le nombre des enfants illégitimes. Afin de donner un père à ces derniers et d'enrayer, si possible, le mal, l'Avoyer et les conseillers de de la Ville et République de Fribourg firent une nouvelle tentative et rendirent l'Ordonnance contre l'Impureté, du 7 février 1764, en vigueur jusqu'en 1821.

Promulguée à une époque où régnait, en France, la fameuse maxime *creditur virgini...* nous retrouvons dans cette loi le même principe formellement exprimé. La recherche en paternité est autorisée; elle est même obligatoire. La fille-mère doit faire sa déclaration de grossesse, en indiquer l'auteur, « afin que l'accusé puisse « être interrogé ladessus et qu'en cas qu'il avoue la paternité, il « en soit chargé. » La femme était alors dispensée du serment. « Si « l'accusé nie le fait, l'accusatrice devra soutenir sa déclaration par « formel serment dans le temps qu'elle sera en travail d'enfant si « faire se peut, ou au plus tard dans les deux fois vingt-quatre heures « après son accouchement. Auquel serment pleine foi devra être « ajoutée ²⁾, » Le serment, « vu qu'il ne saurait être confié à gens « qui mènent une vie infâme ³⁾ », ne pouvait être déféré à la demanderesse si celle-ci était une prostituée. Dans tous les cas, l'entretien de l'enfant incombait à cette dernière pendant la première année, mais le

¹⁾ Lois consistoriales, p. 56.

²⁾ Ordonnance contre l'Impureté, § 1.

³⁾ Ordonnance contre l'Impureté, § 2, 2^{me} alinéa.

père était obligé d'y contribuer par l'acquittement d'une pension de 15 florins. A partir de la deuxième année, s'il était connu et en avait les moyens, l'enfant tombait à sa charge ; à son défaut, la mère, ou si cette dernière était indigente, sa commune, devait pourvoir à la nourriture et à l'éducation de l'illégitime. L'art. 13 prévoit le cas d'un enfant né sous la foi d'une promesse de mariage. Si la promesse a été faite « par écrit, ou devant deux témoins dignes de foi, et que « le séducteur refuse d'épouser la jeune fille, il sera banni du pays, « sans grâce, jusqu'à ce qu'il accomplisse sa promesse »).

En présence de ce texte très précis, on peut affirmer que c'est bien une parenté civile légalement constatée, entraînant les mêmes effets que la parenté légitime, qui est ici le fondement des obligations du père naturel à l'égard de son enfant. Issue des vieilles coutumes et des principes alors en vigueur, l'ordonnance de 1764 régit la matière jusqu'en 1821. Ses prescriptions ne furent pas toujours exactement suivies, car, à maintes reprises, l'Avoyer dut rafraîchir la mémoire des révérends curés, qui baptisaient des nouveaux-nés illégitimes sans trop se conformer à la loi, ni se préoccuper de connaître le nom de leurs pères ²⁾).

§ III.

Le décret du 3 juillet 1821.

La Suisse reçut le contre-coup des événements qui marquèrent, en France, la fin du XVIII^{me} siècle : elle eut aussi sa Révolution. Le 18 avril 1798, le peuple fut sommairement avisé qu'une Assemblée Nationale, convoquée à Aarau, par ordre du commissaire français Lecarlier, avait adopté, sans discussion, la constitution de Pierre Ochs. Rédigée dans le style emphatique de l'époque, cette œuvre décréta « l'unité de patrie et d'intérêts », abolit les frontières de canton à canton, bouleversa, en un mot, l'ordre de choses existant.

Parmi les lois nouvelles alors votées, une seule nous intéresse,

¹⁾ Ordonnance contre l'Impureté, § 13.

²⁾ Mandat des 7 février 1764, 19 janvier 1765 et 7 juin 1773.

celle du 28 décembre 1798 relative à « l'amélioration de l'état des enfants nés hors mariage ¹⁾. » Jaloux sans doute de la Convention et ne voulant pas rester en arrière de la loi de Brumaire An II, le législateur helvétique décréta : « La naissance illégitime n'imprime à l'enfant aucune tache ²⁾ » ; puis, s'inspirant des tendances égalitaires et philanthropiques du moment, lui accorda « sans restriction » la jouissance de tous les droits civils et politiques appartenant aux autres citoyens ³⁾. L'enfant naturel put dès lors se marier, tester, recevoir par donation à cause de mort ou entre-vifs, sans autorisation spéciale.

Cette loi, faite à la hâte et sans réflexion, fut d'une application heureusement fort courte : l'Acte de Médiation rendit aux cantons leur souveraineté ; chez nous, on en revint à l'Ordonnance de 1764.

Quelques années plus tard, l'Avoyer, le Petit et le Grand Conseil, « ayant reconnu la nécessité de revoir nos ordonnances relatives aux « grossesses et naissances illégitimes pour les adapter aux temps « actuels et aux changements survenus dans la législation de plusieurs cantons confédérés et de tous les Etats voisins », révoquèrent l'acte de 1764 et rendirent un décret, le 3 juillet 1821 ⁴⁾, qui, sans abandonner le principe de la recherche en paternité, y apporta cependant quelques modifications : le législateur, pour restreindre le champ de la preuve, admit certaines exceptions, cela dans le but de priver la mère du bénéfice du serment ; ce dernier ne fut plus prêté qu'en cas de désaveu de la part du prétendu père ; enfin, et ceci nous intéresse davantage, l'enfant naturel dont le père, quoique confessant ou convaincu, « est étranger au canton ou appartient à un pays où « le principe de la paternité n'est pas reconnu par les lois et dans « lequel l'adjudication ne serait pas valable, est adjugé à la mère, qui « peut exercer contre l'auteur de sa grossesse une action en indemnité, soit pour les frais de procédure, de couches et de baptême, « soit pour ceux d'entretien et d'éducation. » C'est à ce décret de 1821, à cet art. 11 qu'il faut remonter pour trouver l'idée première, l'embryon pour ainsi dire, du principe de l'action en dommages-intérêts prévue par notre loi actuelle. Reprise quelques années plus tard, elle

¹⁾ Bulletin des Lois et Décrets du Conseil législatif de la République helvétique, vol. II, p. 203.

²⁾ Loi précitée, art. 1.

³⁾ Loi précitée, art. 2.

⁴⁾ Bulletin des Lois, IX, 207.

passa dans le Code Civil, s'y affermit et s'y développa, fut généralisée et définitivement consacrée par le Grand Conseil de 1871. Ce que je retiens, c'est qu'ici, comme dans l'ordonnance précédente, la créance alimentaire de l'illégitime (le texte le dit formellement) repose sur la parenté naturelle. La recherche de la paternité révèle et établit l'existence d'un lien consanguinal d'où le Juge tire tout naturellement des conséquences civiles et économiques. La première année écoulée, le père est tenu : « de fournir à l'entretien de l'enfant et de lui procurer une éducation convenable, jusqu'à ce que celui-ci soit en état de pourvoir lui-même à ses besoins ¹⁾. » Ce décret ne s'appliquait pas à la partie réformée du canton : les lois consistoriales continuèrent à faire règle ²⁾.

§ IV.

Le Code Civil.

(1834)

Peu après l'entrée en vigueur du décret de 1821 (1^{er} janvier 1822), la question des droits de l'enfant naturel vis-à-vis ses parents et en particulier vis-à-vis son père, fut remise sur le tapis à propos du Code Civil, alors en préparation.

Le rédacteur du Projet, Chaillet, ne crut pouvoir mieux faire que de conserver le principe en faveur duquel le Grand Conseil s'était si nettement prononcé quatre ans auparavant, lors de la discussion de la dernière loi, celui de la libre recherche de la paternité ³⁾. Cette opinion ne rallia pas tous les suffrages des membres de la Petite Commission. L'un d'eux la combattit et se prononça pour l'adoption du principe de la maternité, rattachant complètement l'illégitime à sa mère au point de vue civil et ne lui accordant aucun droit contre son père, sauf une action alimentaire. La pro-

¹⁾ Décret du 3 juillet 1821, art. 12, 3^{me} alinéa.

²⁾ Décret du 3 juillet 1821, art. 33.

³⁾ Protocoles de la Petite commission, séance du 26 avril 1825, page 296.

position ne fut pas prise en considération et l'on passa à l'examen du Projet.

Chaillet voulait faire abstraction du serment de l'accouchée, cela pour deux motifs : il le trouvait prématuré et peu convenable. A l'époque où il est solennisé, disait-il, c'est-à-dire lors de l'accouchement, la contestation n'est pas encore liée entre les parties; les exceptions péremptoires du défendeur ne sont pas liquidées définitivement, et un grand nombre de nouveaux-nés succombant dans les premiers mois de leur existence, le litige se trouve ainsi tout naturellement tranché. Il est peu convenable, parce que le plus souvent il est administré, sans préparation aucune, à des personnes qui n'en comprennent pas l'importance, sans la solennité nécessaire, mais bien au contraire dans des circonstances qui répugnent. Enfin, il a été successivement abandonné par tous les pays voisins. Le serment supplétoire étant prêté, à l'audience, par la demanderesse, ce qu'il importe, au moment de l'accouchement, c'est de constater la naissance de l'enfant, et cela peut se faire de toute autre manière ¹⁾. La Commission ne partagea pas cet avis. Elle estima qu'un serment ainsi prêté entre la vie et la mort, au milieu des souffrances, avait une plus grande valeur que celui intervenant à l'audience, bien des mois après. De plus, elle décida, contrairement au désir de Chaillet, qui trouvait qu'on ne gagne rien à précipiter la marche de l'action, surtout si l'enfant vient à mourir, de faire commencer la procédure de la clâme en paternité, avant la naissance ²⁾.

L'art. 243 du Projet prévoyait toute une série d'exceptions libératoires dont deux seulement ont passé dans notre article 222 : celle basée sur l'impossibilité physique du père de cohabiter avec la mère au temps de la conception, et l'*exceptio plurium concubentium*. Les autres furent toutes repoussées. La Commission se contenta de priver dans ces cas-là la demanderesse du bénéfice du serment. Le serment supplétoire de la mère consistait à affirmer qu'entre le 300^{me} et le 180^{me} jour avant la naissance, elle n'avait eu de relations sexuelles avec aucun autre homme que le défendeur. Le serment purgatoire de l'accusé portait sur le fait que, pendant le même temps, il n'avait pas eu de rapports intimes avec la demanderesse ³⁾.

¹⁾ Protocoles de la Petite commission, p. 299.

²⁾ Protocoles, séance du 26 avril 1825, p. 302.

³⁾ Protocoles, séance du 27 avril 1825, p. 307 et 308.

Adopté par la Petite Commission ¹⁾, après de longs débats et de nombreuses modifications, le Projet fut soumis à la Grande Commission.

Chaillet renouvela l'exposé des motifs qui l'avaient amené à ne pas changer le principe, puis passa aux critiques formulées. Il faut envisager, disait-il, les deux côtés de la question, et se prononcer pour celui des deux systèmes qui présente le moins d'inconvénients. « La paternité est un mystère, tandis que la maternité « est un fait qui tombe sous les yeux et ne peut laisser aucun doute. « C'est vrai, mais il est certain aussi que l'enfant doit avoir un père. « Dès lors, n'est-il pas contraire aux lois comme aux sentiments « de la nature, que ce père, s'il peut être découvert par des moyens « approchant autant que possible de la certitude, ne soit pas appelé à « reconnaître l'enfant auquel il a donné l'existence et à lui servir d'aide « et d'appui dans la société ? La force de cette considération a été « si bien sentie, que, dans plusieurs législations qui n'admettent « pas l'adjudication des enfants aux pères, on a cependant ouvert « contre eux l'action en contribution à l'entretien et à l'éducation « des enfants illégitimes. » En excluant de notre code la recherche en paternité, « ne ravale-t-on pas l'espèce humaine à la condition « de la brute qui ne connaît pas de père, mais seulement la mère « qui l'allait ²⁾ ».

On redoute le scandale « d'accusations téméraires, dictées par « l'intérêt ou l'esprit de vengeance. » Il faut observer que ce que l'on craint ici, ce sont les abus ; or, jusqu'à quel point ces craintes sont-

¹⁾ Le principe lui-même, qui n'avait pas été mis en discussion au sein de la Commission de législation lors de la première lecture du Projet (en 1825), fut attaqué de nouveau en 1832 dans les circonstances suivantes :

Plusieurs pétitions demandant surtout la réforme des mesures de procédure en matière de filiation, ayant été adressées à la Commission législative, un de ses membres profita de l'occasion pour combattre énergiquement le système de la paternité « qui n'offre qu'incertitudes puisque le fait qui doit « lui servir de base est un secret de la nature, tandis que la mère étant toujours certaine, le sort de l'enfant peut toujours être fixé, sans crainte comme « sans danger. » (Protocoles de la Petite commission, séance du 2 décembre 1832, p. 751.) Cette seconde tentative fut aussi peu heureuse que la première ; on refusa de modifier le principe récemment consacré et admis depuis des siècles.

²⁾ Protocoles de la Grande Commission, séance du 11 avril 1826, p. 99, 100 et 101.

elles fondées ? « Ces abus sont-ils tellement multipliés et fréquents « qu'ils ne forment plus exception ?—S'il n'en est pas ainsi, et qu'on « ne puisse citer que quelques faits isolés et fort rares, alors faut-il « pour cela sacrifier des victimes innocentes et leur ôter l'appui que « la nature leur donne ? Quant au scandale, on convient que les « actions en paternité en occasionnent, mais y a-t-il là un si grand « mal ? n'est-ce pas un frein salutaire pour les hommes, et faut-il « même écarter celui que leur impose à cet égard l'honnêteté pu- « blique. » Le système de la maternité produira une amélioration dans les mœurs, « il contiendra le sexe dans les règles du devoir « en faisant supporter à la femme seule toutes les suites de la faute. » On peut répondre à cela « que l'expérience faite dans les pays où « ce principe a été admis ne prouve guère l'influence salutaire « qu'on veut lui attribuer », et qu'elle ne possède pas des moyens de résistance proportionnés à ceux de séduction de l'homme. « Ce « ne sera pas dans un moment d'abandon que la femme pourra « calculer froidement toutes les suites de sa condescendance et dès « lors, loin d'arrêter la corruption, on ne fait, en statuant le prin- « cipe de la maternité, que fournir un nouvel aliment aux passions « des hommes et leur ôter tout frein, en leur assurant l'impunité¹⁾ ».

L'opinion de Chaillot prévalut et, le 4 octobre 1832, le Grand Conseil, présidé par l'Avoyer de Diesbach de Torny, fut nanti du Projet définitif. Le Rapporteur-auteur en fit la lecture, exposa les motifs, puis la discussion fut ouverte. Indépendamment de quelques observations de détail, le principe de la paternité fut attaqué par plusieurs députés.

Le système présenté, disaient-ils, n'offre qu'incertitudes, parce qu'il n'a de fondement ni dans les lois de la nature, ni dans celles de l'ordre social. En effet, la nature a dérobé le mystère de la paternité à la connaissance de l'homme et le mariage étant établi pour donner à la société, non pas la preuve matérielle, mais, à défaut de cette preuve, la présomption légale de la paternité, il est évident que lorsque le mariage n'existe pas, il ne peut y avoir aucun signe matériel, ni légal de la paternité, d'après l'axiome *pater is est quem nuptiæ demonstrant*... Recourir dans ce cas, comme le fait la loi proposée, au serment de l'une ou de l'autre des parties pour constater le fait, c'est vouloir pénétrer dans le for des consciences, ce

¹⁾ Protocoles de la Grande commission, p. 102.

qui n'est nullement du domaine du Législateur; c'est faire dépendre l'état de l'enfant de la déclaration d'une partie intéressée, qui, sourde à la voix du devoir, peut injustement attribuer ou repousser la paternité. Le principe de la maternité ne présente point les mêmes inconvénients; c'est un fait qui tombe sous les sens, qui ne laisse aucun doute et qui coupe court à toutes les collusions qui peuvent avoir lieu dans le système contraire. Au surplus, il existe un système mixte, c'est celui qui adjuge, en tout état de cause, l'enfant né hors mariage à la mère, mais admet une recherche en indemnité contre le père; dans ce système, adopté par beaucoup de législations, ni le sort de l'enfant, ni les intérêts des communes ne sont compromis. Il a de plus l'avantage d'offrir au père le moyen de réparer jusqu'à un certain point la faute qu'il a commise.

C'est en vain que les lois s'armeront de sévérité pour arrêter l'immoralité, si l'éducation ne rend pas les hommes meilleurs, l'action des lois sans les mœurs est impuissante, et c'est surtout dans cette matière que cette vérité trouve son application. En attaquant le principe de la paternité, comme contraire à la nature des choses, on le combat en outre, comme établissant un système de preuve entièrement opposé à celui que nos lois consacrent. Voyant de graves inconvénients à s'écarter d'un tel système, on ne saurait admettre, en principe, la mère au serment, pour soutenir son accusation, mais on pourrait le lui accorder, par exemple, dans certains cas exceptionnels, où elle se trouverait au bénéfice de présomptions. Ces cas seraient :

- a) lorsqu'elle n'aurait pas 20 ans;
- b) lorsqu'il serait notoire que l'accusé a eu des relations avec elle;
- c) lorsqu'elle pourrait produire une correspondance avec l'accusé;
- d) lorsqu'elle aurait entre les mains une promesse de mariage;
- e) lorsque la fâme du défendeur serait mauvaise.

Hors ces hypothèses, il serait dangereux et inconséquent d'admettre la mère à confirmer sa clâme en paternité par serment¹⁾.

¹⁾ Protocoles des séances du Grand conseil, 4 octobre 1832, p. 702 et suivantes.

Cette vive sortie n'ébranla nullement Chaillet : il défendit le Projet, comme il l'avait fait précédemment et sut tirer de nouveaux arguments en sa faveur du plaidoyer même de ses contradicteurs ¹⁾. Le principe de la paternité fut conservé. Voici d'une manière générale le système adopté par notre Code Civil :

« Tout enfant né hors mariage, dit l'art. 216, doit être adjugé « au père ou à la mère ». La femme enceinte non mariée est tenue d'en faire la déclaration au Juge de son domicile et d'indiquer l'auteur présumé de sa grossesse ²⁾. En cas d'aveu de la part du père, l'enfant lui est adjugé ³⁾ ; dans l'hypothèse contraire, le Juge constate la naissance dans les deux fois vingt-quatre heures qui suivent l'accouchement et interpelle de nouveau l'accusatrice pour connaître le véritable père de l'enfant ⁴⁾. Si l'auteur ainsi désigné peut établir :

- a) que la mère a cohabité avec deux ou plusieurs hommes, à des époques assez rapprochées pour qu'il puisse exister un doute sur le père certain ;
- b) qu'à l'époque indiquée il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle,

il est libéré de l'accusation ⁵⁾.

Mais si l'une ou l'autre de ces exceptions n'est pas soulevée par le défendeur, qu'il y soit jugé mal fondé et qu'il persiste néanmoins dans son désaveu, la mère peut soutenir ses déclarations par le serment supplétoire. Toutefois si elle a :

- 1° omis de faire sa déclaration dans les délais légaux ;
- 2° négligé d'appeler le Juge dans les quarante-huit heures après ses couches ;
- 3° varié dans ses dires ;
- 4° déjà eu antérieurement un enfant illégitime ;
- 5° mené une vie dissolue et scandaleuse,

elle est privée de ce privilège ⁶⁾. Le défendeur peut alors prêter le

¹⁾ Protocoles des séances du Grand conseil, 22 novembre 1833, p. 304 et suivantes.

²⁾ Code civil, art. 217.

³⁾ Code civil, art. 224.

⁴⁾ Code civil, art. 220.

⁵⁾ Code civil, art. 222.

⁶⁾ Code civil, art. 223.

serment purgatoire, à moins qu'il ne consente à ce que le serment supplétoire soit confié à l'accusatrice ¹⁾). Une troisième hypothèse est celle où le père désigné, y étant appelé par le Juge, refuse de prêter serment. Dans ce cas, l'enfant lui est adjugé ²⁾).

La mère succombe-t-elle dans l'une des exceptions qui lui sont opposées, ne peut-elle prêter serment, ou le défendeur le prête-t-il, l'enfant lui est adjugé, comme aussi dans les cas où l'action en paternité n'est pas admise ³⁾)? Cette adjudication ne porte aucune atteinte à l'action en dommages-intérêts que la mère pourra exercer contre un étranger, auteur de sa grossesse, soit pour les frais de procédure, de couches et de baptême, soit également pour ceux d'entretien et d'éducation de l'enfant ⁴⁾). C'est la reproduction textuelle de l'art. 11 du décret de 1821, que nous venons de voir il y a un instant.

Tel est le principe ; les conséquences en sont étendues. L'enfant naturel devient bourgeois de la commune et porte le nom de celui de ses parents auquel il est adjugé. Pendant les quatre premières années, la mère en a la charge, mais, comme je l'ai déjà dit, le père doit lui payer, en outre des frais d'adjudication, de couches et de baptême, une indemnité annuelle de 20 à 40 francs. Après ce délai, il est tenu « de fournir à l'entretien de « l'enfant et de lui donner une éducation convenable, jusqu'à ce « qu'il soit en état de pourvoir lui-même à ses besoins. » Si ses moyens sont insuffisants, la mère y supplée, en tout ou partie ⁵⁾). Dans la règle, l'autorité communale exerce la tutelle des enfants naturels ; elle doit veiller à ce qu'ils reçoivent les aliments et l'éducation qui leur sont dus, et, en cas d'inexécution, le Tri-

¹⁾ Code civil, art. 223, 2^{me} alinéa.

²⁾ Code civil, art. 224.

³⁾ ces cas sont :

1^o le décès du père, à moins de reconnaissance par acte authentique ;

2^o l'âge du prétendu père ;

3^o l'état mental des parties en cause ;

4^o le fait que le père, quoique confessant ou convaincu est étranger et appartient à un pays dont les lois n'admettent pas la recherche en paternité et dans lequel l'adjudication ne serait pas valable. (Code civil, art. 225.)

⁴⁾ Code civil, art. 225, dernier alinéa.

⁵⁾ Code civil, art. 229 et 230.

bunal, sur le préavis de la Justice de Paix; fixe la quotité des secours à fournir ¹⁾. L'obligation alimentaire des père et mère passe à leurs héritiers ²⁾.

Une loi postérieure ³⁾ statua que si aucune citation n'avait été donnée à l'accusé, soit avant la naissance, soit dans l'année qui l'avait suivie, l'action serait prescrite, à moins de dol, promesses ou empêchements majeurs.

§ V.

La loi du 23 juin 1871.

Les partisans d'un changement de principe, malgré ce premier échec, n'abandonnèrent pas la lutte ; ils la reprirent même bientôt et finirent, grâce à leur ténacité, par voir leurs efforts couronnés de succès.

Voici en quelques mots un rapide aperçu de cette campagne.

La Commission de législation civile, dans sa séance du 7 mars 1852 ⁴⁾, eut à s'occuper d'une pétition réclamant l'abolition complète de la recherche en paternité. Un membre fit observer qu'une demande analogue avait été adressée au Grand Conseil et qu'il existait déjà une commission spéciale, nommée par cette autorité, pour examiner la question. En présence de ces faits, la Commission de législation décida de renvoyer la pétition Haymoz à cette commission spéciale, tout en lui faisant connaître, à titre de renseignement, son opinion à ce sujet. La discussion fut ouverte et, après de longs débats, se termina par un vote favorable à une modification partielle du Code civil.

Le 27 mai 1850 ⁵⁾, en effet, le député Weitzel avait déposé sur le bureau du Grand Conseil une motion tendant à la révision du Titre V du Livre I du Code civil. Il avait fait ressortir, par

¹⁾ Code civil, art. 233.

²⁾ Code civil, art. 232.

³⁾ du 4 décembre 1835, sur la procédure, la police et la pénalité en fait de grossesse et paternité illégitimes, art. 36.

⁴⁾ Protocoles de dite commission, p. 3610.

⁵⁾ Protocoles des séances du Grand conseil, p. 167.

quelques brèves considérations, le côté immoral du système de la paternité, qui provoque de monstrueux procès, des faux serments, et jette la désunion dans les familles.

Au cours de cette première escarmouche, le député Bondallaz posa la question du principe à adopter. Prise en considération, sa motion fut renvoyée au Conseil d'Etat, qui répondit à la session suivante par une fin de non-recevoir ¹⁾. Weitzel, appuyé de son collègue Schaller, protesta énergiquement. Une commission (à laquelle il vient d'être fait allusion) fut nommée. Après un laborieux examen (2 ans!), Marro présenta son rapport ²⁾. N'osant pas se prononcer catégoriquement, l'honorable député se borna à faire l'exposé des avantages et des inconvénients des deux systèmes, et, sans conclure, proposa de passer à l'ordre du jour. Weitzel combattit cette opinion et demanda qu'un projet, basé sur le système de la maternité, fut soumis au Grand Conseil. On fit droit à sa requête et le tout fut renvoyé une seconde fois au Conseil d'Etat.

Celui-ci, pour s'éclairer sur les bons et mauvais côtés du système préconisé, ouvrit une enquête, s'adressa aux gouvernements des Etats voisins, à Genève, à Neuchâtel, où le principe de la maternité avait été adopté depuis longtemps; à Vaud, qui venait de modifier dans ce même sens, son code civil et, enfin, aux Présidents des Tribunaux d'arrondissements du canton.

Il n'est pas inutile de connaître le résultat de cette enquête et les grandes lignes du projet qui fut soumis à la Commission consultative de législation.

« Depuis longtemps, écrit le Département de la Justice neuchâtelois ³⁾, la loi de la paternité n'avait plus aucun effet sur les mœurs « publiques et dans l'immense majorité des cas, la fille qui recourait « à cette loi pour donner un père à son enfant était une fille dépravée, ne voyant que la question d'argent. » Le canton de Vaud venait d'être doté d'une loi nouvelle interdisant la recherche en paternité ⁴⁾. Dans sa réponse, le Directeur de la Justice de cet Etat manifesta toute sa satisfaction d'avoir abandonné l'ancien système ⁵⁾. Genève

¹⁾ Séance du 30 septembre 1850. Protocoles, p. 256.

²⁾ Séance du 17 mars 1852. Protocoles, p. 1078.

³⁾ Lettre du 17 mars 1859.

⁴⁾ Loi du 1^{er} décembre 1855.

⁵⁾ Lettre du 26 mars 1859.

également se déclara très heureux d'avoir adopté dans son code civil le système français ¹⁾).

Quant aux Présidents des Tribunaux, sauf celui de la Veveyse, *Genoud* ²⁾), qui voulait « attendre une révision totale de notre « législation », tous furent d'accord pour modifier le régime existant. Quelques citations feront mieux comprendre l'opinion de ces magistrats. *Marro* ³⁾), président du Tribunal de la Singine, se déclare partisan d'un changement. « Cette loi (le Code civil) ne répond plus « aux besoins et nous met en conflit avec les cantons voisins, parti- « sans de la maternité. Chaque fois qu'une fille de nos ressortissants « est enceinte des œuvres d'un externe, l'enfant est adjugé à la mère, « vu qu'aucune adjudication n'est possible vis-à-vis d'étrangers; un « fribourgeois a-t-il engrossé une fille hors du canton, cet enfant lui « est adjugé, vu qu'au dehors on applique la loi fribourgeoise. Nos « ressortissants sont donc victimes de cette différence de système. » *G. Clément* ⁴⁾), président du Tribunal de la Glâne, se montra aussi favorable à l'innovation proposée. Il penchait pour le système vaudois « supprimant la « recherche en paternité, mais admettant la recon- « naissance spontanée. » — « La loi de la paternité, écrit *J. Jaquet* ⁵⁾), « président du Tribunal de la Gruyère, ne convient plus aux besoins « actuels. Les populations ont perdu cette austérité de mœurs d'il y « a 30 ans; l'immoralité a augmenté dans de grandes proportions. « Les pactes collusoires sont fréquents, même entre frères, entre père « et fils; les faux serments ne se comptent plus. » Il demande, en terminant, le maintien d'une action en dommages-intérêts, en faveur de la mère. Le président du Tribunal du Lac, *Engelhart* partagea aussi l'avis de ses collègues; il voulait accorder à l'enfant un droit de recours contre le père « pour l'obliger à supporter les frais de « couches, d'éducation, de nourriture et d'entretien ⁶⁾ »).

Quant au Projet lui-même, il était basé sur le système de la maternité pure. La recherche en paternité était interdite, sauf en cas de viol ou d'enlèvement ⁷⁾). C'était évidemment aller trop loin

¹⁾ Lettre du 11 février 1858.

²⁾ Lettre du 22 février 1858.

³⁾ Lettre du 11 février 1858.

⁴⁾ Lettre du 25 mars 1858.

⁵⁾ Lettre du 10 février 1858.

⁶⁾ Lettre du 22 février 1858.

⁷⁾ Voir l'Appendice, p. 1.

dans la voie des innovations et contrecarrer trop ouvertement les notions juridiques qui avaient eu cours jusqu'à cette époque. Aussi lorsque *Fracheboud* développa, dans un rapport circonstancié ¹⁾, les motifs qui engageaient la Commission à proposer la non-entrée en matière, la discussion générale fut-elle renvoyée à la session suivante. Elle n'eut jamais lieu, le Conseil d'Etat ayant retiré son projet, soi-disant « pour le remplacer par un autre qui accorderait « à des intérêts souvent exposés et sacrifiés par le système actuel, « une sauvegarde et des garanties suffisantes », en réalité pour éviter un échec ²⁾.

Cette deuxième phase de la campagne, aussi malheureuse que la précédente, aurait dû, semble-t-il, décourager les adversaires du principe de la paternité et les faire renoncer définitivement à leurs projets. Il n'en fut rien.

Le 22 novembre 1860, le député Engelhart reprit les hostilités, en interpellant, en Grand Conseil, le Directeur de la Justice, pour savoir si le projet de 1858 avait été abandonné. Le Président du Conseil d'Etat lui répondit que « cette affaire était à l'examen ³⁾ ».

Le 27 mai 1862, cet examen laborieux durait encore, quand, revenant à la charge, Engelhart invita le Conseil d'Etat « à préparer « pour la prochaine session un projet de loi ayant pour effet d'a-
« broger les dispositions des art. 220 et suivants du Code civil, « et 6 de la loi de 1835 ⁴⁾ ». Le Grand Conseil prit cette demande en considération. La Direction de la Justice se remit à la besogne. L'enquête fut reprise. De nouvelles questions furent envoyées aux autorités des cantons voisins. Ceux-ci renouvelèrent l'expression de leur satisfaction d'avoir adopté le système de la paternité et se plurent à en constater les heureux effets ⁵⁾. Les Présidents des Tribunaux, consultés derechef, furent tous, sauf celui de la Broye ⁶⁾, *Gardian*, qui préférait maintenir l'ancien principe, favorables à un changement ⁷⁾.

¹⁾ Séance du 19 novembre 1858. Protocoles, p. 485.

²⁾ Message du 10 novembre 1859. Protocoles, p. 39.

³⁾ Protocoles du Grand conseil, p. 167.

⁴⁾ Protocoles, p. 354.

⁵⁾ Vaud, lettre du 7 novembre 1862. Neuchâtel, lettre du 8 novembre 1862.

⁶⁾ Lettre du 31 juillet 1862.

⁷⁾ Marro, lettre du 7 juin 1862. Clément, lettre du 7 juin 1862. Engelhart, lettre du 17 juin 1862. Jaquet, lettre du 20 juin 1862. Stern, lettre du 24 septembre 1862.

Entourée de tous ces renseignements, la Direction de la Justice, pour satisfaire, sans doute, les deux opinions en présence, rédigea deux projets. L'un adopte le *système mixte* de la maternité avec possibilité pour la mère de faire condamner celui qu'elle prouve être le père à contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ¹⁾. L'autre *interdit complètement* la recherche de la paternité, sauf dans les trois cas de viol, de rapt et de reconnaissance antérieure ²⁾.

Le Conseil d'Etat n'ayant fait figurer aux tractanda de la session de novembre 1862, ni l'un ni l'autre de ces projets, Engelhart déposa une nouvelle motion « invitant le Conseil d'Etat à faire publier, « d'ici la prochaine session ordinaire de mai, un rapport succinct « sur l'état de la question ³⁾ ». Elle fut renvoyée, comme toujours, au Conseil d'Etat. Cette autorité, à la veille de donner connaissance au Grand Conseil de son rapport, lui annonça que, « vu la quantité « des tractanda, elle croyait pouvoir en ajourner la transmission à la « session suivante ⁴⁾. »

Quelques jours plus tard ⁵⁾, le député Jaquet « Considérant « que nos lois sur les enfants naturels ne sont plus en rapport avec « les circonstances où nous nous trouvons, que le principe de la « paternité, tel qu'il existe, donne lieu à de graves abus et cause « un préjudice notable aux communes et au canton...., proposa « au Grand Conseil la révision de ces lois et l'adoption du principe « de la maternité. » La discussion eut lieu le 25 mai ⁶⁾. Fracheboud, partant de son rapport de 1858, combattit les arguments présentés par le motionnaire. Le Grand Conseil, par un vote « définitif », dit le procès-verbal ⁷⁾, se prononça, par 31 voix contre 16, en faveur de l'ancien principe de la paternité, en engageant toutefois le Conseil d'Etat à revoir notre législation sur les enfants naturels et à lui soumettre les améliorations de détail dont elle paraîtrait susceptible.

C'était une demi-victoire. Encouragé par ce succès et trouvant, sans doute, que l'on ne mettait pas assez de promptitude à se

¹⁾ Voir l'Appendice, p. 3.

²⁾ Voir l'Appendice, p. 8.

³⁾ Séance du 19 décembre 1862. Protocoles, p. 457.

⁴⁾ Message du 5 mai 1863. Protocoles, p. 461.

⁵⁾ Séance du 19 mai 1863. Protocoles, p. 478.

⁶⁾ Protocoles, p. 495.

⁷⁾ Protocoles du Grand Conseil, 25 mai 1863, p. 496.

conformer au désir exprimé par l'autorité législative, Engelhart reprit l'offensive et déposa une troisième motion ¹⁾. Le Directeur de la Justice lui répondit qu'en présence du vote émis en mai, il n'y avait pas lieu de s'occuper de sa demande.

Enfin, le 17 mai 1869, il est fait lecture au Grand Conseil du Message accompagnant le projet de loi sur les enfants naturels. Le Conseil d'Etat n'a pas cru devoir discuter le projet, dit ce message, « attendu que les modifications qu'il renferme ne sont pas, selon « lui, assez essentielles, pour légitimer l'abrogation de tout un Titre « d'une loi fondamentale telle que le Code civil; cela d'autant plus « que l'on pourrait être amené forcément d'ici à quelques années à « présenter un projet de loi fondé sur un principe opposé²⁾ ».

Le Grand Conseil décida l'impression du projet ³⁾ et sa transmission pour examen et rapport à une commission composée de MM. Vaillant, Jaquet, Broye, Menoud et Riedo. La lecture du rapport eut lieu le 20 novembre 1869 ⁴⁾. M. Jaquet, rapporteur, fit ressortir les principales modifications apportées par le projet qui abandonnait dans certains cas le principe de la paternité et était un acheminement vers le système plus rigoureux de la maternité pure. La Commission estima néanmoins qu'il fallait faire un pas de plus. Elle proposa au Grand Conseil la non-entrée en matière, et recommanda l'adoption d'un système mixte reposant sur le principe déjà énoncé, que l'enfant naturel devait suivre l'état-civil de sa mère, mais que celle-ci, par contre, devait être autorisée à réclamer des dommages-intérêts de l'auteur de sa grossesse. Elle termina en invitant le Conseil d'Etat à élaborer, pour la session de mai, un projet basé sur ce principe.

Ces propositions furent adoptées par 43 voix contre 17 ⁵⁾.

La Direction de Justice se remit au travail et rédigea, en se conformant aux avis de la commission, un nouveau projet ⁶⁾. Inscrit aux tractanda de la session de mai ⁷⁾, puis à ceux de celle

¹⁾ Séance du 13 novembre 1863. Protocoles, p. 531.

²⁾ Bulletin officiel du Grand Conseil, XXI, 63.

³⁾ Bulletin officiel du Grand Conseil, XXI, 64.

⁴⁾ Bulletin officiel du Grand Conseil, XXI, 162. (Voir le rapport, XXI, 144.)

⁵⁾ Bulletin officiel, XXI, 162.

⁶⁾ Bulletin officiel, XXII, 50. Voir Appendice, p. 9.

⁷⁾ Bulletin officiel, XXII, 31.

de novembre ¹⁾), soumis encore à l'examen d'une nouvelle commission ²⁾), il fut présenté au Grand Conseil par M. Vaillant, conseiller d'Etat, directeur de la Justice, et discuté en novembre 1870 ³⁾). Promulgué, avec force de loi, le 23 juin 1871, il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1872.

¹⁾ Bulletin officiel, XXII, 49.

²⁾ De 7 membres : MM. Vaillant, Jaquet, Wuilleret, Broye, Chaney, Gottrau et Gendre. Bulletin officiel, XXII, 91.

³⁾ 1^o Lecture, les 17, 18, 19, 21, 22, 23 et 24 novembre 1870. Bulletin officiel, XXII, p. 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107 108 et 109 ;

2^o Lecture les 3, 4 et 5 mai 1871. Bulletin officiel, XXIII, 47, 48, 49, 50 et 51 ;

3^o Lecture le 10 mai 1871. Bulletin officiel, XXIII, 58.

CHAPITRE III

DROIT ACTUEL

Après avoir recherché quel pouvait être le fondement de la créance alimentaire de l'enfant naturel, nous venons de voir, dans le chapitre précédent, l'historique de cette question et les diverses phases au travers desquelles elle a passé dans nos annales juridiques fribourgeoises. Sous-entendue, tacitement reconnue, pour ainsi dire, dans les premières pages, cette créance se développe peu à peu dans nos coutumiers, se précise davantage dans nos ordonnances, s'impose dans nos lois et entre enfin d'une manière définitive, dans le domaine du droit positif. Une action, qui règne en souveraine incontestée pendant de longues années, la sanctionne. Puis un revirement se produit : cédant à l'influence d'idées nouvelles, effrayé peut-être du développement rapide de cette institution, le législateur cherche à la restreindre, à limiter autant que possible les cas où la paternité peut être recherchée ; l'opinion publique lui demande même d'aller jusqu'à l'interdire complètement. On comprend qu'il hésite et tâtonne, car souvent la peur d'un mal nous conduit dans un pire.

§ I

Systeme adopté par la loi du 23 juin 1871.

Le projet dont j'ai esquisé la genèse tout à l'heure, et qui, sans grands changements, est devenu la loi actuelle, apportait à notre législation quatre modifications.

- 1° la substitution du principe de la maternité à celui de la libre recherche de la paternité ;
- 2° l'introduction de la reconnaissance volontaire ;
- 3° l'action en dommages-intérêts accordés à la mère ;
- 4° la transformation du but des mesures de police.

Sous l'empire de l'ancienne loi, le Code civil, tous les enfants naturels devaient être adjugés au père ou à la mère : un jugement fixait leur état-civil. Il n'en est plus ainsi d'après la nouvelle : « Les enfants naturels suivent, dans la règle, la condition de leur « mère. Ils ne suivent celle de leur père qu'en cas de reconnaissance « volontaire de sa part et dans les trois cas exceptionnels prévus « aux art. 10 et 11 de la présente loi¹⁾ ». L'adjudication légale est avantageusement remplacée par l'acte de naissance qui fait foi jusqu'à inscription de faux.

Cependant, pour permettre à l'honnête homme de réparer, dans une certaine mesure, les conséquences fâcheuses de son acte, ou tout au moins de contribuer aux charges et aux dépenses de la mère, le législateur a introduit, dans la loi de 1871, une institution toute nouvelle pour nous, la reconnaissance.

Cette reconnaissance est volontaire ou forcée.

La reconnaissance volontaire est une déclaration de paternité faite spontanément dans les formes prescrites par la loi, par le père, ou, à son défaut, par l'entremise d'un mandataire spécial²⁾. L'acte authentique qui constate cette reconnaissance forme le titre de l'enfant naturel ; il constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation illégitime. Les formes en sont nombreuses, mais simples ; elle peut avoir lieu : 1^o dans l'acte de naissance de l'enfant ; 2^o dans un acte passé devant notaire ; 3^o devant le Président du Tribunal du domicile de la mère ; 4^o dans l'acte de mariage du père et de la mère³⁾. Les enfants naturels ordinaires peuvent seuls bénéficier de cette faveur ; les adultérins et les incestueux en sont privés⁴⁾. Quant aux effets de la reconnaissance, ils sont étendus. La reconnaissance n'est pas attributive mais seulement déclarative de la filiation de l'illégitime auquel elle s'applique. Avant cet acte libre du père, cela est évident, l'enfant naturel avait déjà une filiation, mais elle était légalement inconnue ; la reconnaissance la révèle et la constate officiellement. Elle n'établit d'ailleurs de lien qu'entre l'enfant et l'auteur qui l'a reconnu, mais non entre l'enfant et les parents de cet auteur. La reconnaissance est un aveu ; or, les conséquences d'un aveu sont personnelles

¹⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 2.

²⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 7.

³⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 8.

⁴⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 9.

à celui dont il émane, et n'obligent que lui. L'enfant porte le nom de son père, devient bourgeois de sa commune ¹⁾, est nourri, entretenu, élevé par lui, ne peut se marier sans son consentement, se trouve sous sa puissance paternelle, et a, sur sa succession, « les « mêmes droits que ceux qui lui sont assignés par le Code civil, sur « celle de sa mère ²⁾ ».

La reconnaissance que nous venons de voir est celle qui résulte d'un acte écrit, délivré avec l'intention qu'il forme titre. Dans certains cas, la loi admet l'enfant naturel, qui n'est pas l'objet d'une reconnaissance volontaire littérale, à établir judiciairement sa filiation : c'est la reconnaissance forcée, la recherche de la paternité. Si, dans ces hypothèses déterminées, l'enfant réussit et obtient du Juge une décision constatant que tel homme est son père naturel, sa filiation se trouve juridiquement établie, et tous les textes qui parlent des enfants naturels « légalement reconnus » lui sont applicables aussi bien qu'à ceux volontairement reconnus. Toutefois, aux termes de la loi de 1871, cette reconnaissance forcée ne se produit que :

- 1° « lorsqu'il est prouvé que l'enfant dont on ne peut produire
« l'acte de naissance a cependant été légalement reconnu ³⁾ »;
- 2° « en cas de viol, ou
- 3° « d'enlèvement, lorsque l'époque de ces actes se rapportera
« à celui de la conception ⁴⁾ ».

Comme, malheureusement pour eux, tous les enfants naturels n'ont pas la chance d'avoir pour père un honnête homme convaincu de ses devoirs et de sa responsabilité, ou de rentrer dans l'une des trois hypothèses exceptionnelles prévues, il fallait nécessairement faire quelque chose en faveur de cette trop grande majorité et sauvegarder, autant que possible, les droits évidents de ces pauvres petits êtres. Voici le parti auquel on s'arrêta.

Nous avons vu que déjà le décret de 1821, puis ensuite le Code civil, accordaient à la mère d'un illégitime une action en indemnité contre l'étranger auteur de sa grossesse, qui, bien que confessant ou convaincu, appartenait à un pays dont les lois n'admettent pas la recherche en paternité (alors permise chez nous) et dans lequel

¹⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 28.

²⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 42.

³⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 10.

⁴⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 11.

par conséquent, l'adjudication ne serait pas valable. Cette action, fondée sur la paternité prouvée, donc sur la parenté, avait pour but de forcer le père à contribuer, dans la mesure de ses moyens, aux frais de couches, de baptême, d'entretien et d'éducation de l'enfant. Le législateur de 1871 s'empara de cette idée avec empressement; il la mûrit, la développa dans un titre spécial et statua d'une façon générale à l'art. 49 que : « La mère d'un enfant naturel peut faire « condamner celui qu'elle prouve en être le père, à contribuer à « l'entretien et à l'éducation de cet enfant ». L'étude de cette action formant le point essentiel de ma thèse, je ne fais que la mentionner en passant.

Enfin, la quatrième innovation porte sur le but des mesures de police (déclaration de grossesse, constatation de l'accouchement, etc.). Ces dispositions n'ont plus pour raison d'être de faciliter la découverte du père, mais sont maintenues pour placer les filles enceintes sous la surveillance de l'autorité et empêcher, autant que possible, les infanticides et les avortements.

Le projet contenait, en outre, une série de dispositions répressives, qui furent supprimées à la première lecture. L'art. 79, entre autres, dans le but de favoriser les reconnaissances volontaires, statuait que celui qui, sans être actionné en dommages-intérêts, reconnaissait spontanément et d'une manière légale la paternité de l'enfant, serait libéré de toute amende et de toute peine.

Avant de passer à la discussion de la nature de l'action en dommages-intérêts accordés à la mère, je crois nécessaire de parcourir les diverses conditions auxquelles cette action est subordonnée et de voir le Tribunal devant lequel elle doit être portée.

I. « La mère d'un enfant naturel..., » ainsi s'exprime l'art. 49; « l'action en dommages-intérêts intentée par la mère d'un enfant « naturel..., » répète l'art. 51. Ces mots ne servent pas seulement à nous renseigner sur la personne qui a vocation pour introduire le procès, ils précisent la première condition exigée par le législateur et sans laquelle le droit ne peut être exercé. « La mère..., » dit la loi; il faut donc que la demanderesse ait accouché; j'ajoute aussitôt : ou qu'elle soit enceinte, l'art. 52 statuant : « L'action « peut être intentée dès avant la naissance », c'est-à-dire pendant la grossesse. L'art. 49 n'est pas très-clair. La rédaction en aurait pu être meilleure et prévoir l'hypothèse de l'art. 52 en disant par

exemple : La mère d'un enfant naturel ou la fille enceinte peuvent... Cette obscurité provient de ce que le projet ¹⁾ ne portait pas le premier membre de phrase : « L'action peut être intentée dès avant la naissance... » C'est sur la proposition de la Commission que l'on modifia dans ce sens le texte primitif ²⁾. Cette latitude laissée à la mère se justifie par les puissantes et multiples raisons que le rédacteur du Code civil avait déjà cherché à faire prévaloir, comme nous l'avons vu, mais en vain. Il est plus humain de ne pas contraindre la mère à attendre la naissance de son enfant pour lui permettre d'introduire son action en dommages-intérêts. Un procès ne se liquide pas en quelques jours ; il doit être si possible terminé au moment où la mère a le plus besoin de la participation financière du père, à la naissance de l'enfant. L'art. 52 présente néanmoins un certain danger : la grossesse peut être incertaine pendant les premiers mois ; la femme non-mariée peut avoir des retards dans ses époques, ou même les voir disparaître momentanément sans que pour cela elle soit enceinte, et que cette perturbation dans son organisme soit le résultat de relations sexuelles. On voit aussi quelquefois, les auteurs d'obstétrique sont aujourd'hui tous d'accord sur ce point, de fausses grossesses, présentant toutes les apparences des véritables. En présence de ces anomalies de la nature, dont on ne peut pas toujours se rendre compte, avec certitude il eut été plus sage de ne permettre l'ouverture de l'action qu'après la délivrance. Aucun des inconvénients que je viens de signaler, je me hâte de le reconnaître, ne s'est manifesté jusqu'à aujourd'hui.

Le législateur a déposé entre les mains de la mère, la mise en mouvement du droit. Personne mieux qu'elle n'est apte à éclairer le Juge dans l'accomplissement de son devoir ; elle est toute désignée pour sauvegarder les droits de l'illégitime et apporter la preuve que la loi exige. Elle saura indiquer sûrement l'auteur de sa grossesse, préciser les circonstances, nommer les témoins dignes de foi qu'elle veut faire entendre ; au besoin, elle produira des écrits, des lettres attestant leurs relations suivies, une cohabitation fréquente, l'époque de ces faits. Si le père reconnaît l'enfant ou du moins s'engage à prendre part aux frais d'entretien et d'éducation, le

¹⁾ Art. 50. « Elle (l'action) doit être intentée péremptoirement dans les 3 mois qui suivent la naissance ». Bulletin, vol. XXII, p. 53.

²⁾ Bulletin, vol. XXII, p. 105.

procès est clos; mais s'il s'y refuse, s'il nie, la mère peut le confondre en établissant le bien-fondé de sa demande, par tous les moyens, et requérir du Juge une condamnation qui le force à remplir son obligation.

II. La seconde condition est que l'enfant soit vivant, ou qu'il soit conçu, au moment de l'ouverture du procès: *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* ¹⁾). Dans ce dernier cas, il doit naître vivant et viable, car *qui mortui nascuntur liberorum loco non sunt*. L'enfant doit être viable, c'est-à-dire apte à vivre, *vitæ habilitas*. Il n'est pas viable lorsqu'il naît avec une conformation tellement défectueuse, que son existence ne peut se prolonger au-delà d'un temps très court. La loi assimile à l'enfant mort-né, celui qui ne naît que pour mourir; il ne pourra donc faire bénéficier sa mère du droit que l'art. 49 lui confère. La question de savoir si un enfant est né viable ou non, est une question de fait que le Juge doit résoudre en cas de contestation, en s'aidant au besoin des secours des gens de l'art. L'enfant vient-il à mourir, le procès est terminé, la pension cesse d'être due, « le dernier trimestre est censé » achevé et le paiement intégral du trimestre courant est acquis à « la mère ou à la commune » (art. 34).

III. A côté de ces conditions, tout-à-fait indépendantes de la volonté de la demanderesse, il en est d'autres qui sont au contraire absolument liées et dépendantes de cette volonté. Ainsi « toute » femme non-mariée ou séparée, devenue enceinte, doit, dans les « six premiers mois de sa grossesse, en faire sa déclaration au Président du Tribunal de son domicile, en lui indiquant l'époque, « le lieu et les autres circonstances du fait. Si elle est empêchée, « par maladie ou autre cause grave, de faire elle-même cette démarche, elle doit la faire par écrit ou par l'entremise d'une tierce « personne ¹⁾ ».

L'art. 53, qui fait dépendre de ces déclarations la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'action, est fort mal rédigé; il prête au législateur une volonté qui n'est absolument pas la sienne et lui fait dire une chose fausse.

« Si la demanderesse », dit le premier paragraphe de cet article, « n'a pas déclaré au Président du lieu de son domicile sa grossesse...

¹⁾ Gaius, I, 147, l. 12 D, de liberis (28-2).

²⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 60.

« dans les délais prescrits par la loi, elle n'est pas admise à faire « valoir son droit ». Nous venons de voir que cette déclaration doit intervenir dans les six premiers mois de la grossesse. Il n'y a donc jusque-là, puisque nous nous trouvons en présence d'une prescription légale, rien d'anormal. Mais ce qui l'est au dernier chef, c'est la seconde partie de ce premier paragraphe : « Si la demanderesse « n'a pas déclaré... sa grossesse et ses couches... » Or, dans aucun des 87 articles de la loi de 1871, je ne trouve une exigence semblable. La mère doit aviser le magistrat de sa grossesse, mais elle n'a nullement l'obligation de déclarer à ce même magistrat, *ses couches* dans un terme qui n'est d'ailleurs pas fixé. Lors de sa délivrance, elle doit faire appeler un accoucheur ou une sage-femme, qui, eux, ont l'obligation de transmettre au Président du Tribunal, dans les deux fois vingt-quatre heures, une déclaration constatant le fait et l'époque de l'accouchement, ainsi que l'âge approximatif et le sexe de l'enfant¹⁾. Dans le cas où les couches auraient eu lieu sans l'assistance de personnes de l'art, l'accouchée doit faire avertir aussitôt après le syndic, qui se transportera auprès d'elle, se fera produire l'enfant, constatera qu'il ne porte pas traces de violences, prendra note du sexe, ainsi que du jour et de l'heure de la naissance et en informera le Président du Tribunal²⁾. La mère n'a, dans aucun cas, cela saute aux yeux à première lecture et résulte à l'évidence du texte même de la loi, l'obligation de déclarer personnellement ou de faire déclarer *ses couches* au Président. Dans la première hypothèse, ce devoir incombe au chirurgien ou à la sage-femme ; dans la seconde, au syndic de la commune. Il est dès lors absurde et souverainement injuste de faire retomber sur la mère les conséquences de l'inexécution d'une formalité qu'elle n'avait absolument pas l'obligation de remplir.

IV. L'action en dommages-intérêts n'est pas indéfinie ; elle doit être intentée « sous peine de péremption dans l'année qui suit la naissance³⁾. Ce délai, que l'on trouve déjà très bref, l'était encore davantage dans le projet : il était de trois mois⁴⁾. C'est sur la proposition du député Broye⁵⁾ qu'il fut porté à un an. Peut-être ce

¹⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 65.

²⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 66.

³⁾ Loi du 23 juin 1871, art. 52.

⁴⁾ Art. 50 du projet. Bulletin XXII, p. 53.

⁵⁾ Bulletin XXII, p. 105.

terme est-il trop court, étant donné l'importance de l'action ; mais s'il est facile pour le père d'endormir la vigilance de la mère par de trompeuses promesses, par l'espoir d'un mariage futur ou d'une reconnaissance en bonne et due forme et de laisser ainsi s'écouler le délai fatal, d'un autre côté il ne faut pas perdre de vue que la mère a besoin dès la naissance, et surtout à ce moment-là, de cette part contributive aux frais occasionnés par le nouveau-né ; qu'en prolongeant par trop le temps utile, on perd des chances de succès. Les événements s'éloignent, les mémoires se troublent, les témoins disparaissent, de précieuses preuves écrites peuvent s'égarer ou être détruites. Intentée à bref délai, l'action de la mère est entourée de multiples garanties qui s'affaiblissent avec le temps.

V. Aux termes de l'art. 49, la mère d'un enfant naturel doit prouver que l'homme qu'elle désigne comme étant l'auteur de sa grossesse, et qu'elle veut astreindre à contribuer à l'entretien et à l'éducation de ce petit être, est vraiment *le père* de cet enfant. Je relève, en passant, une variante qui a son importance. Tandis que l'art. 6, en posant le principe de l'action en dommages-intérêts, n'exige de la demanderesse qu'une simple *affirmation*, l'art. 49 va plus loin et veut une *preuve* complète, la démonstration, à l'aide de moyens autorisés par la loi, de l'exactitude d'un fait qui sert de fondement à un droit prétendu.

Pour arriver à ce résultat, quel est le fait à établir ? On ne le sait pas exactement. Le Code civil était plus précis. Il requérait, par la prestation du serment, la preuve de la cohabitation de la mère avec le défendeur, entre le 300^{me} et le 180^{me} jour avant la naissance. La loi actuelle est muette sur ce point. Force nous est donc, en l'absence de toute autre norme, de nous en tenir à celle-là qui, d'ailleurs, n'est point arbitraire, mais bien parfaitement valable puisqu'elle sert pour la preuve de la filiation légitime ¹⁾. La mère doit donc prouver, c'est-à-dire établir à satisfaction de droit, par tous les moyens à sa disposition, que le défendeur a eu avec elle, pendant l'époque critique, des relations sexuelles. En pareille matière, comme le reconnaît un arrêt de la Cour d'appel récent ²⁾, il est évident que la preuve directe du fait de la cohabi-

¹⁾ Code civil, art. 149 et 154.

²⁾ Arrêt du 28 avril 1896. Protocoles de la Cour d'appel, p. 306.

tation est fort difficile pour ne pas dire impossible, étant donné que les actes de cette nature ne se passent généralement pas en public, en présence de témoins, mais bien à l'abri des regards indiscrets, dans une tranquille intimité. Le Juge est donc amené à former sa conviction au moyen de déductions, de présomptions plus ou moins fortes, tirées des faits établis au procès.

Des divers modes de preuves, mis à la disposition de la demanderesse, la preuve littérale est assurément celle à laquelle le Juge accorde le plus de confiance.

Il ne s'agira jamais ici d'une preuve littérale parfaite, complète, pouvant se suffire à elle-même, cela parce que le plus souvent l'écrit qui est produit n'ayant pas été créé pour servir de titre, perd ainsi une partie considérable de sa valeur. Ce n'est alors qu'un aveu extra-judiciaire écrit, abandonné à l'appréciation du Juge ¹⁾. Il ne peut être question que d'un commencement de preuve par écrit, consistant soit dans une reconnaissance insuffisante pour former titre, soit dans des billets, notes, lettres, télégrammes, desquels il résulte que le père a implicitement reconnu l'enfant ou qu'il a avoué ses relations intimes avec la mère à l'époque légale de conception. L'écrit se répète-t-il, le Juge pourra déclarer la preuve suffisante; s'agit-il d'une lettre isolée ou même d'une correspondance complète, mais dans laquelle le défendeur ne reconnaît pas directement sa paternité, ni ses relations avec la mère, mais les laisse supposer, il n'existe alors qu'un commencement de preuve dont il ne faut pas méconnaître la valeur, car, constitué à une époque où les parties n'étaient pas des adversaires et n'avaient aucun intérêt à cacher la vérité, il est très impartial.

En droit commun, le commencement de preuve par écrit n'est qu'une demi-preuve; elle a besoin d'être complétée. La preuve par témoins est le mode le plus généralement adopté, le plus facile, mais aussi le plus dangereux. Pour des motifs faciles à comprendre, cette preuve ne porte que rarement sur le fait lui-même des rapports intimes. Elle intervient surtout dans le but d'établir par exemple que la mère a quitté son domicile pour venir habiter chez celui dont elle se dit enceinte, sans que ce séjour puisse s'expliquer par aucun autre motif (domesticité, travail à la journée, etc.), ou bien encore que le défendeur recherchait, poursuivait la demanderesse, qu'on

¹⁾ Code civil, art. 2181.

les rencontrait fréquemment l'un avec l'autre, qu'ils ont voyagé ensemble se faisant passer pour mariés, ou encore qu'ils sont considérés par le public comme vivant maritalement. Dans tous ces cas, il y a un état qui correspond, en fait, à celui du mariage, et la preuve résultera le plus souvent de la commune renommée, preuve affaiblie si l'on veut, qui ne repose que sur un témoignage indirect, mais qui n'en a pas moins sa valeur. Les témoins n'auront pas vu l'acte, mais seulement des familiarités, une façon d'agir, des faits isolés qu'ils rapprochent les uns des autres et qui forment un faisceau d'indices tels, qu'ils présument la cohabitation ou l'ont entendu dire.

Quant aux présomptions, aux conséquences que le magistrat tire d'un fait connu pour lui servir à découvrir la vérité d'un fait inconnu, elles ne sont pas, par elles-mêmes, des moyens de preuve bien puissants et ne peuvent que corroborer un commencement de preuve par écrit ou un témoignage.

La preuve par excellence, ici comme partout ailleurs, est évidemment la reconnaissance volontaire faite par le défendeur de la vérité de l'allégation dirigée par la mère contre lui, l'aveu. Ce dernier peut avoir lieu soit à l'audience, soit hors de la présence du Juge.

L'aveu judiciaire, émanant d'une personne capable de s'obliger, fait pleine foi contre son auteur, et a toujours été considéré comme la plus décisive des preuves. La partie qui s'en prévaut n'a pas besoin de prouver autrement le fait avoué; il est tenu pour constant et le Juge lui-même est obligé de s'y conformer.

L'aveu extra-judiciaire peut être ou verbal, lorsqu'il résulte de simples déclarations orales, qu'elles aient lieu dans une conversation ordinaire ¹⁾ ou dans une reconnaissance faite dans ce but; ou bien écrit lorsqu'il est constaté par un acte quelconque. Il ne faut pas

¹⁾ Il existe un précédent assez intéressant : Une fille X. actionnait en dommages-intérêts un nommé R. et invoquait le fait que ce dernier avait avoué à plusieurs personnes être le père de l'enfant. Le défendeur niait énergiquement et arguait de sa minorité à l'époque du prétendu aveu. Le tribunal de 1^{re} instance le condamna. Il recourut et la Cour d'appel, considérant : « qu'aux termes de l'art. 2183 C. c. l'effet attribué à l'aveu n'a lieu que lorsqu'il est fait par une personne capable de s'obliger; que l'appelant pose en fait qu'il est mineur non émancipé et que ce fait n'est pas contesté; que « dès lors il y a lieu de faire abstraction des aveux intervenus de sa part, « révoque le jugement dont est appel et prononce: X. est déboutée de sa demande et R. admis dans sa conclusion libératoire ». Arrêt du 26 mars 1886, Protocoles de la Cour d'Appel, page 170.

confondre ce dernier genre de preuve avec la preuve littérale, que nous avons vue plus haut. L'un ne peut être réclaté en justice que par celui qui l'a entendu, l'autre est écrit spécialement pour constater le fait dont il s'agit.

Dans ce même ordre d'idées, il me reste à parler du serment que le Juge peut requérir ou une des parties offrir « pour opérer la « preuve d'un fait qui n'a encore en sa faveur qu'une présomption « légale ou un commencement de preuve¹⁾ ». Le serment supplétoire diffère surtout du serment décisoire au point de vue de l'autorité et des effets de cet acte. Il ne présente rien de transactionnel, ni de conventionnel ; c'est une simple mesure d'instruction ordonnée par le Juge, indépendamment de la volonté des parties. Il sert à préparer le Jugement et ne lie personne. Indépendamment de cela, la demanderesse peut déférer le serment au défendeur sur le point capital de savoir si, oui ou non, il a eu des rapports sexuels avec elle pendant l'époque critique. Le prétendu père se trouvera dans l'obligation alternative de référer le serment à l'actrice ou bien de le prêter, sous peine de succomber dans sa conclusion libératoire.

VI. Enfin, pour être admise dans sa demande, la mère doit remplir une dernière condition : il faut qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 55 ne puisse lui être opposée. Cet article statue :

« L'action doit être rejetée par le Tribunal, lorsque le défendeur prouve :

- 1° « qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'être l'auteur de
« la grossesse, au lieu et au temps désignés ;
- 2° « qu'il n'avait pas 17 ans le jour de la naissance de l'enfant,
« et que la mère était déjà majeure ;
- 3° « qu'il se trouvait au temps de la conception dans l'impos-
« sibilité légale absolue de contracter mariage avec la deman-
« deresse et que celle-ci en avait pleine connaissance ;
- 4° « que la demanderesse mène une vie dissolue ;
- 5° « qu'elle a déjà mis au monde un enfant naturel avec un
« autre que lui ;
- 6° « qu'un jugement en divorce ou en séparation de corps pour
« cause d'adultère a été prononcé contre elle ;
- 7° « qu'elle a été condamnée à une peine criminelle ».

¹⁾ Code civil, art. 2209.

Le texte de cet article, tel que je viens de le transcrire, ferait supposer à première vue que l'on est en présence d'une série d'exceptions et seulement d'exceptions. Il importe de dissiper cette erreur.

L'action doit être rejetée, dit le n° 1, si le défendeur prouve « qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'être l'auteur de la grossesse » au lieu et temps désignés ». Aucun des éléments caractéristiques de l'exception, proprement dite, ne se retrouve ici; ce moyen n'est que la négation du fait principal à la base de la demande. C'est bien plutôt une défense au fond, c'est-à-dire un moyen par lequel l'intimé, tout en acceptant le débat sur l'objet du litige, veut établir que l'action n'est pas fondée, en fait et en droit, et qu'ainsi sa libération s'impose. Il est évident que si le prétendu père apporte la preuve, qu'au jour, à l'heure et au lieu indiqués, il se trouvait ailleurs (en séjour à Genève ou à Coire, par exemple), ou dans l'impossibilité physique de cohabiter (il était malade, en prison), le fait avancé par la demanderesse, sur lequel roule toute la discussion et l'issue du procès, devra être reconnu comme faux. Cette sorte d'alibi civil n'est pas une exception. Autant dire: si les faits ne sont pas prouvés, ils ne seront pas admis.

Par contre, les autres numéros de ce même article 55, se caractérisent parfaitement comme exceptions péremptoires: le prétendu père refuse d'entrer en matière sur le mérite de la demande elle-même; sans toucher le fond, il cherche à faire écarter définitivement la conclusion actrice, en prouvant que la mère n'a pas le droit de la former, n'y est pas recevable.

Toutes ces exceptions sont tirées du Code civil, sauf le n° 6 qui est une innovation ¹⁾. Mais tandis que, dans l'ancienne loi, certaines circonstances ²⁾ ne faisaient que détruire la présomption de vérité attachée à la déclaration de la mère et priver celle-ci du serment supplétoire au profit du défendeur ³⁾, elles sont considérées, dans la loi de 1871, comme beaucoup plus importantes et leur conséquence est de paralyser complètement le droit d'action de la mère.

Le défendeur sera libéré de toute recherche :

« a) s'il n'avait pas 17 ans le jour de la naissance de l'enfant,

¹⁾ Il se trouvait déjà dans le projet de 1862.

²⁾ Nos 4, 5 et 7 de la loi de 1871.

³⁾ Code civil, art. 223.

« et que la mère était déjà majeure. » Le Code civil augmentait encore l'écart; il reculait jusqu'à 16 ans l'âge du père et reportait à 24 celui de la mère. Si tant est que cette exception se légitime, jusqu'à un certain point par la corruption présumée, les violences ou manœuvres immorales que la femme peut avoir exercées sur l'auteur de sa grossesse, elle a été sagement modifiée. Le législateur a échangé, pour la fixation de la date, le moment de la cohabitation, avec celui de la naissance, qui est toujours plus certain et plus facile à déterminer.

« *b*) s'il se trouvait, au temps de la conception, dans l'impossibilité légale absolue de contracter mariage avec la demanderesse « et que celle-ci en avait pleine connaissance. » Cette exception, présentée par Chaillet, dans le projet de Code civil, fut repoussée, soit par la Commission, soit par le Grand Conseil, et la clâme en paternité admise contre l'homme marié. On pouvait ainsi l'obliger à recevoir dans sa famille légitime, au milieu des siens, l'enfant d'une autre femme, alors que le plus sérieux argument invoqué en faveur de l'interdiction de la recherche en paternité était la protection du foyer domestique. C'était donner du premier coup, à cette action, la forme la plus hostile à la famille, la plus contraire à cette institution. Que cette exception ait été admise en 1835, alors que le principe à la base de cette partie de notre législation était la libre recherche de la paternité, je l'aurais compris et je m'étonne que le Grand Conseil de cette époque ne se soit pas rendu compte de l'incohérence de son vote négatif; mais si, abandonnant le point de vue de la parenté, l'on se place, comme il faut le faire, pour juger la loi actuelle, à celui du délit, cette exception ne se justifie plus, car le dommage causé est indépendant de la qualité de père. Soustraire, par un moyen de ce genre, l'auteur d'un acte illicite à la règle commune qui veut que celui qui cause sans droit un dommage à autrui soit tenu de le réparer et d'en supporter les conséquences, c'est créer un inexplicable privilège en faveur du vice. La recherche de la mère n'ayant plus pour but l'adjudication de l'enfant au père, mais seulement une réparation pécuniaire du tort qui lui est causé, une contribution à l'entretien et à l'éducation du nouveau-né, le fait que le défendeur est ou non engagé dans les liens du mariage, reste très indifférent à l'existence du préjudice, qui n'en subsiste pas moins.

La loi exige de plus que la mère n'ait pas eu connaissance de cette impossibilité légale. C'est donc au défendeur à établir, en soulevant l'exception, qu'au moment de ses relations avec la partie actrice, celle-ci avait pleine et entière connaissance de cet empêchement, par exemple, qu'elle était l'amie de sa femme. *Quid juris* du prêtre? J'estime qu'il ne se trouve pas dans l'impossibilité légale de se marier, et que, partant, l'exception ne peut être admise à son égard. En vertu de l'art. 54 2^{me} alinéa de la Constitution fédérale, reproduit intégralement par la loi sur l'Etat civil et le Mariage du 24 décembre 1874 « aucun empêchement au mariage ne peut être « fondé sur des motifs confessionnels... » On doit entendre par là non-seulement que les unions mixtes ne doivent pas être entravées d'une manière quelconque, mais encore que le droit fédéral n'admet pas les règles du droit canon en matière d'empêchements au mariage; ainsi la qualité de prêtre ne saurait constituer un obstacle au mariage ¹⁾. La disposition du n° 3, qui tend à sauvegarder son caractère sacré, est mal rédigée. Il aurait fallu dire: « de celui dont elle ne pouvait espérer le mariage ». On a eu peur, sans doute, d'exclure de l'action en dommages-intérêts des gens d'une condition sociale simplement supérieure ou inférieure à celle de la demanderesse.

c) Enfin, l'action doit être rejetée, si le défendeur est trouvé fondé dans l'un des quatre derniers moyens libératoires mentionnés à l'art. 55, et qui tous portent sur l'immoralité de la mère.

Le n° 4 prévoit « la vie dissolue », expression bien vague, que la jurisprudence n'a pas beaucoup précisée. Où commence-t-elle? où finit-elle? Elle va jusqu'à la prostitution, mais n'existe-t-elle pas en deçà? car comment comprendre que l'action cesse pour la femme qui a deux enfants naturels? La moralité de cette mère est sujette à caution, je le veux bien, et cependant elle est loin d'être une prostituée; sa moralité est infiniment moins douteuse que celle de la femme qui se livre à plusieurs hommes sans conséquences apparentes. De même pour la femme adultère ou divorcée: ce ne sont pas là des prostituées. L'expression « vie dissolue » doit donc avoir ce sens large de vie immorale publique avérée. Le langage d'une

¹⁾ Alf. Martin. Commentaire de la loi fédérale concernant l'Etat-civil et le Mariage, p. 76.

femme, ses actes, son sans-gêne, son effronterie, les personnes et les lieux qu'elle fréquente, son manque de pudeur, les circonstances dans lesquelles elle s'est livrée ou offerte, sont autant d'éléments qui doivent être pris en considération par le Juge. Il n'est pas nécessaire, pour mener une vie dissolue, de se donner à prix d'argent et d'en faire son métier.

Une ligne bien déterminée n'existant pas, cette exception fort élastique peut s'interpréter de multiples façons. Soulevée dans presque tous les procès basés sur l'art. 49, elle n'a jamais été favorablement accueillie par la Cour d'appel. La jurisprudence ne nous sera donc pas d'un très grand secours pour éclairer ce point obscur. Toutefois, d'après une pratique constante du Tribunal cantonal, la vie dissolue « ne peut résulter que d'un ensemble de faits, d'une « série d'actes immoraux bien établis...¹⁾ », d'une cohabitation « relativement fréquente...²⁾ ». De plus, elle doit avoir été menée, non pas au moment du procès, mais à l'époque des relations sexuelles. Une condamnation pour outrages publics à la pudeur et prostitution intervenue après l'époque de la conception et portant sur des faits postérieurs aux rapports intimes de la demanderesse et de l'intimé, ne peut être invoquée pour établir la vie dissolue³⁾. « Cette exception doit être opposée dans les délais légaux; si l'on « met en rapport les art. 53 et 55 avec 56, on reconnaîtra que les « moyens énumérés dans ces dits articles sont de vraies exceptions « dans le sens de l'art. 283 C. c. Il est certain que, d'après leur « nature et leur but, ils peuvent être opposés par le défendeur, ou « isolément, soit séparément des moyens au fond (et dans ce cas « l'instruction principale demeure suspendue) ou cumulativement « avec ces derniers moyens; mais dans l'un comme dans l'autre cas, « ils conservent leur nature d'exceptions péremptoires, puisqu'ils « tendent à faire écarter la demande principale, quel que soit le « bien ou mal fondé de celle-ci...⁴⁾ ».

Dans un précédent souvent invoqué, la Cour d'appel a posé le principe que « pour être admis au bénéfice de l'exception tirée « de l'art. 55, n° 4, le défendeur doit, à l'appui de son allégué,

¹⁾ Arrêts des 30 janvier 1888, Protocoles, p. 73, et 18 novembre 1889, idem p. 673.

²⁾ Arrêt du 4 juin 1888, idem p. 409.

³⁾ Arrêt du 12 avril 1882, idem p. 159.

⁴⁾ Arrêt du 30 mai 1892, idem p. 334.

« énoncer des faits positifs et en faire la preuve et celle-ci doit « porter sur plusieurs faits et non point sur un seul...¹⁾ ». L'audition de témoins étant, me semble-t-il, la seule voie qui s'offre pour arriver à la connaissance de ces faits, comment concilier avec cette exigence de la loi, ce principe fixé par la jurisprudence cantonale que « lorsqu'il s'agit d'établir la vie dissolue..., il est évident « que ceux qui ont pris part aux faits qui pourraient servir à l'établissement, ne peuvent être admis à venir devant le Juge faire étalage « de leur immoralité et s'exposer à la honte, dans un procès qui « leur est étranger²⁾ ». Par quels moyens établir un fait, si ceux qui y ont participé, de loin ou de près, ne sont pas admis à dire ce qu'ils en connaissent? Faudra-t-il une preuve écrite? un certificat de mauvaises mœurs signé des heureux galants et légalisé par l'autorité? On serait tenté de le croire en présence d'un antécédent récent³⁾.

Une dernière exception est tirée du fait que la mère aurait été condamnée à une peine criminelle. La loi a le devoir de protéger la mère comme l'enfant naturel; mais pour conserver à cette protection toute sa force et tout son mérite, il est indispensable qu'elle n'accorde ses faveurs qu'à des femmes qui en soient dignes, à des victimes, non à des personnes dont un jugement pénal dénote l'immoralité. Cette exception existait déjà dans le Code civil, mais relevait d'une autre idée: on regardait la mère condamnée au criminel, comme indigne du privilège du serment supplétoire.

Néanmoins le législateur a restreint l'exercice des trois derniers moyens en statuant que « si le défendeur s'est rendu coupable d'un « des faits mentionnés aux n^{os} 5, 6 et 7, il sera privé du droit de « l'opposer à la demanderesse ». (art. 55 fine).

Je viens de passer en revue les diverses conditions auxquelles est soumise l'action en indemnité de la mère; il me reste en terminant à voir quel est le tribunal compétent. Cela ne sera ni long, ni difficile, en présence du texte précis de la loi. L'art. 51 statue: « L'action en dommages-intérêts est portée au for de l'action personnelle », c'est-à-dire devant le Juge du domicile du défendeur⁴⁾.

¹⁾ Arrêt du 17 avril 1885, Protocoles p. 265.

²⁾ Arrêt du 4 juin 1890, idem p. 339.

³⁾ Arrêt du 21 décembre 1891, idem p. 636.

⁴⁾ Art. 14, Code de procédure civile et 59 Constitution fédérale.

Ce principe n'est point nouveau. La Constitution fédérale de 1874 l'a hérité de celle de 1848, aussi trouve-t-on dans les décisions du Conseil fédéral, compétent à cette époque pour trancher ces sortes d'affaires, une jurisprudence interprétative fort remarquable. Un droit constant, quoique non écrit, s'en est formé et explique l'extrême brièveté de la discussion à laquelle donna lieu, au sein des Chambres fédérales, le nouvel art. 59¹⁾. Comme je l'ai dit dans le chapitre 1^{er} (page 58), le motif de l'action est indifférent, la nature des conclusions seule est déterminante.

Si l'action a pour but, comme c'est le cas dans notre canton, non pas de fixer l'état-civil de l'enfant illégitime, mais l'allocation d'une somme d'argent, soit sous forme de dommages-intérêts, soit sous forme de pension alimentaire, elle est du ressort exclusif du Juge du domicile, « lors même, dit M. Roguin, que les deux lois « cantonales en présence se seraient toutes deux ralliées au point « de vue de l'existence d'un quasi-délit et auraient reconnu un autre « for, par exemple celui du lieu d'origine ou du domicile de la « mère. En vain dirait-on dans le sens contraire, que l'admission « de la réclamation pécuniaire suppose toujours la reconnaissance « de la paternité, et que cette dernière question ne rentre pas sous « le coup de l'art. 59. Nous répondrions qu'il ne faut pas confondre « les motifs de la demande avec les conclusions, ni le dispositif du « jugement avec les considérants. L'action est toujours personnelle « dans le cas aussi où elle s'appuie sur un certain état des individus, « comme la relation de père à enfant. Le véritable objet du procès, « le seul contenu possible du jugement est constamment la presta- « tion pécuniaire et rien que celle-ci. La décision ne fait chose « jugée qu'à l'égard de cette prestation, nullement du lien de paternité en lui-même²⁾ ». Pour asseoir cette opinion, je trouve, soit

¹⁾ Le Tribunal du Lac avait condamné un fribourgeois domicilié dans le canton de Vaud, à reconnaître et à fournir des aliments à un enfant naturel qu'il avait eu d'une fribourgeoise. Le défendeur recourut au Conseil fédéral, qui écarta son recours par le motif que les Tribunaux fribourgeois seuls sont compétents pour déterminer l'état-civil de l'enfant. Le point discuté était de savoir si le père domicilié dans le canton de Vaud pouvait demander la disjonction de l'action en aliments de celle en statut. La négative n'est pas douteuse, dit l'arrêt, car, d'après la nature du litige et la législation fribourgeoise, ces deux actions sont connexes (arrêt du 23 juin 1863), Ullmer, n° 868, voir dans le même sens, le même auteur aux nos 869 et 870, 236 et 237.

²⁾ Roguin. Conflits des lois suisses, p. 587.

dans la jurisprudence du Conseil fédéral, soit dans les arrêts du Tribunal fédéral, une pratique constante¹⁾. La révision constitutionnelle de 1874 n'apporta aucun changement au principe lui-même, elle ne fit que l'étendre. Alors que l'art. 50 de la Constitution de 1848 disait : « Le débiteur suisse ayant domicile en Suisse.... » l'art. 59 actuel s'exprime comme suit : « Le débiteur solvable ayant domicile en Suisse.... » ; il résulte de ce changement que la garantie du for naturel est offerte directement à l'étranger, qui peut réclamer le renvoi du procès devant son Juge naturel, à la seule condition d'avoir son domicile en Suisse. Cette manière de voir a été consacrée par le Tribunal fédéral. Il reconnaît que « solche Alimentsklagen sind aber rein persönliche Klagen und müssen daher, gemäss art. 59 der Bundesverfassung gegen den aufrehtstehenden Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, bei dem Richter seines Wohnortes anhängig gemacht werden²⁾ ».

§ II.

Discussion du système.

En rédigeant cette loi du 23 juin 1871, le Grand Conseil n'avait pas, me semble-t-il, une opinion bien arrêtée sur la question qui lui était soumise et sur ce qu'il convenait de faire; il a cédé à deux courants contraires : l'un, novateur, qui voulait modifier profondément cette partie de notre Code civil, abolir la clâme en paternité pour se mettre à l'unisson des idées régnantes dans les Etats voisins, et rétablir ainsi l'équilibre rompu entre les étrangers

¹⁾ Le tribunal de Wangen (Berne) avait condamné un soleurois, domicilié à Lucerne, à payer à une bernoise une indemnité pour grossesse illégitime survenue dans le canton d'Argovie. Le jugement fut cassé par le motif que l'action aurait dû être introduite devant le Juge du domicile du défendeur et qu'aucune prorogation de for n'avait eu lieu (Ullmer, n° 870).

De même un tribunal bernois n'est pas compétent pour condamner à une indemnité un bernois domicilié à Neuchâtel pour avoir rendu mère une bernoise (Ullmer, n° 262. Voir dans le même sens nos 238, 261 et 263.)

²⁾ Arrêt du 9 avril 1875. Recueil officiel, I, p. 173. Voir dans le même sens, arrêts des 17 mars 1877, Rec. off., III, 51; 1^{er} mars 1884, Rec. off., X, 50; 15 mars 1889, Rec. off., XV, 94; 30 mai 1890, Rec. off., XVI, 263.

chez nous et les ressortissants fribourgeois établis au dehors ; l'autre, conservateur, fidèle aux anciennes coutumes, et un peu effrayé de voir disparaître ainsi une institution centenaire, qui s'était insensiblement développée au fur et à mesure de nos besoins, avait rendu des services et pouvait en rendre encore.

Ayant senti qu'en édictant l'art. 2, en rompant tout lien civil entre l'illégitime et son père, il avait été trop loin et que l'auteur d'une grossesse devait, d'une manière ou d'une autre, venir en aide à la mère et surtout prendre soin de l'enfant, le législateur fribourgeois, après avoir cédé au premier courant et fait droit aux revendications des Weitzel et des Engelhart, voulut atténuer, dans la mesure du possible, la rigueur et l'iniquité de cette disposition. Si l'on retirait à l'enfant naturel le droit de forcer son auteur à le reconnaître, on devait au moins accorder à la mère celui d'exiger que le père contribue à l'entretien et à l'éducation d'un enfant envers lequel il a, sinon des obligations civiles, du moins des devoirs moraux impérieux. Un trait de plume est impuissant à détruire un lien naturel aussi solide que celui de la parenté ; il subsiste malgré tous les efforts des hommes et la parole de Loysel : « qui fait l'enfant doit le nourrir », est aussi vraie de nos jours qu'au XVI^{me} siècle. Pour arriver à ce résultat, le législateur de 1871 ne s'est pas donné la peine de chercher une solution nouvelle au problème. Il a pris tout simplement dans le Code civil un principe reproduit lui-même de la loi de 1821, l'a développé, étendu, et en a fait l'action en dommages-intérêts que je vais étudier.

« La mère d'un enfant naturel peut faire condamner celui « qu'elle prouve en être le père à contribuer à l'entretien et à « l'éducation de cet enfant. » Cette action a-t-elle pour base la parenté, ou n'est-ce pas plutôt une action fondée sur l'idée de délit ? En d'autres termes, est-ce une action en prestation d'aliments déguisée, ou bien une vulgaire action en dommages-intérêts résultant d'un acte illicite ?

Si nous sommes en présence d'une action alimentaire, elle ne peut avoir qu'une seule base logique : la filiation, c'est-à-dire le lien naturel unissant le père à l'enfant.

Ce lien naturel ne se trouve expressément reconnu nulle part, dans la loi de 1871, mais, pourra-t-on me dire, on le voit implicitement admis à chaque ligne, et si la lettre dit : « action en dommages-intérêts », l'esprit est : « action en aliments » ; le nom de la mère

revient sans cesse sous la plume du législateur, c'est vrai, mais, en réalité, l'enfant et la protection de ses intérêts demeurent son unique préoccupation.

La mère peut faire condamner celui qu'elle prouve être le père de l'enfant à contribuer à son entretien et à son éducation. Cette entrée en matière est, pour le moins, surprenante. Alors qu'au début du Titre II le législateur annonce qu'il va traiter « de l'action « en dommages-intérêts accordés à la mère et à la commune d'un « enfant naturel », il change brusquement d'avis, laisse de côté dommages-intérêts, indemnité, préjudice, et statue dans le premier article de ce même Titre que la mère peut faire condamner, non pas, comme l'on s'y attend, « l'auteur du dommage ou du préjudice » souffert, mais « *le père* », le procréateur; et à quoi? à une réparation pécuniaire? non, à contribuer à l'entretien de l'enfant, à subvenir par une quote-part à ses dépenses! Il ne s'agit plus d'indemnité, mais d'une contribution, limitée si l'on veut, mais qui n'en reste pas moins une participation matérielle aux frais occasionnés par le nouveau-né. La loi parle d'ailleurs elle-même, à son art. 57 et formellement, d'une « part contributive (du père) « à l'entretien et à l'éducation de l'enfant jusqu'à ce que celui-ci ait « atteint l'âge de 18 ans révolus. » Cette part contributive, le défendeur la doit, non point parce qu'on a établi l'existence d'un dommage quelconque, mais parce qu'on a *prouvé* qu'il est le père de l'enfant et que, comme tel, il doit aider la mère à supporter ses charges nouvelles. Cette obligation, c'est la dette alimentaire; en vain l'affuble-t-on d'une défroque trompeuse qui ne lui sied pas, elle la crève de partout, s'en débarrasse aisément et se fait reconnaître. La paternité, même naturelle, engendre un devoir, et ce devoir s'appelle et s'appellera dans toutes les langues et dans tous les temps, la dette alimentaire.

Ceux qui, par un acte raisonné et commun, se soumettent à la possibilité de donner la vie à un être, contractent tacitement envers celui-ci une obligation commune, pour le cas où cette possibilité deviendrait une réalité, celle de l'élever, d'en faire un homme. Cette obligation, qui n'est pas solidaire, se scinde en deux parties; chacun des deux auteurs est individuellement responsable de sa part : celle du père dérive de la paternité, celle de la mère, de la maternité. Par le fait qu'elle donnera le jour à l'enfant, qu'elle lui prodiguera les premiers soins, le conservera à ses côtés et que

les plus lourdes charges retomberont sur elle, la mère exécutera nécessairement sa part d'obligation ; mais l'autre fraction de ce devoir alimentaire, elle doit pouvoir en exiger l'accomplissement par son co-contractant, s'il vient à l'oublier ou refuse de la remplir. C'est pour répondre à ce droit que la loi se sert du mot « contribuer », expression parfaitement adéquate à la secrète pensée du législateur, de préférence au verbe « subvenir » qui n'implique pas, comme le premier, une idée de devoir, de prestation complémentaire, de parachèvement. Or, ces deux parts aliquotes de l'obligation commune sont-elles d'une nature juridique différente ? reposent-elles sur des principes opposés ? Evidemment non : cela ne se peut pas. Ces deux fractions ne forment qu'un seul et même tout ; elles ont un principe unique, indivisible, la filiation. A qui voudrait-on faire croire que les deux moitiés de cette dette sacrée, imposée aux procréateurs par les lois divines et humaines, n'ont pas le même fondement ; que l'une, celle incombant à la mère, repose sur la parenté, tandis que l'autre, celle du père, a pour base un dommage qu'il aurait causé ?

Il s'agit donc bien d'une participation pécuniaire aux charges incombant à la mère, participation qui ne résulte ni d'un préjudice ni d'un tort quelconque, défloration, mariage rompu, déshonneur, incapacité de travail, mais découle tout naturellement de la preuve faite par la demanderesse que le défendeur est *le père* de l'enfant. Le terme dont la loi se sert ne peut prêter à aucune équivoque. Ce n'est point l'auteur du dommage que le Juge doit rechercher pour lui faire partager les nouvelles obligations de la mère, c'est *le père* ; que doit établir l'actrice au procès ? Précisément ce qui est interdit à la page précédente, la *paternité* de l'intimé, c'est-à-dire que lui seul a eü avec elle des relations sexuelles pendant l'époque critique, soit entre le 300^{me} et le 180^{me} jour avant l'accouchement. Qu'est-ce donc si ce n'est ce que les novateurs voulaient abolir, la recherche de la paternité ?

Or, de deux choses l'une : ou la preuve est faite à satisfaction de droit, et le défendeur devra des aliments à l'enfant et non des dommages-intérêts à la mère ; ou elle est incomplète et alors il sera libéré totalement des fins de la demande. Dans la première hypothèse, pourquoi ne faire découler de cette constatation qu'une seule de ses conséquences et non toutes les autres ?

Ces arguments ne sont pas les seuls, nous disent ceux qui

voient dans l'action de l'art. 49 une créance alimentaire fondée sur la parenté ; d'autres encore viennent corroborer cette opinion.

Le délai annal imparti à la demanderesse pour ouvrir son action, par exemple, commence à courir dès la naissance de l'enfant, c'est-à-dire dès que de nouveaux droits ont besoin de sauvegarde. Sans doute, elle « peut » le faire avant, mais elle « doit » l'introduire dans le terme voulu. Sentant la nécessité qu'il y a à préserver le sort de l'illégitime des fluctuations de fortune de la mère, et pour empêcher que l'argent fourni par le père ne passe à un tout autre emploi qu'à celui auquel il est destiné, la loi décrète : « Les indemnités revenant à la mère pour l'entretien et l'éducation de son enfant naturel sont insaisissables. »

Ils vont même plus loin et prétendent que cette action de la mère est « incessible » comme l'action alimentaire. La disposition de l'art. 58, disent-ils, a été prise dans la législation relative aux aliments. La mère n'a pas un droit absolu sur ces aliments : elle les réclame, on les lui accorde, mais ils lui sont remis dans un but clairement déterminé : l'entretien et l'éducation de l'enfant. Elle n'est que dépositaire de ce droit ; elle ne peut ni le vendre, ni le passer à un tiers, ou même, le Jugement obtenu, céder ou mettre les aliments aux enchères.

Enfin, cette obligation est si peu en faveur de la mère que, dans le cas où celle-ci serait assistée par sa commune d'origine, la pension est acquittée à cette dernière, qui veille à ce que l'argent soit employé conformément à la loi. De plus, la pension cesse d'être due, si l'enfant vient à mourir.

Cette argumentation, dont on ne peut contester la valeur relative, et qui, habilement présentée, paraît à première vue irréfutable, résiste mal à un examen sérieux et approfondi de la nature même de l'action. Je vais essayer de faire cet examen, et espère arriver à démontrer victorieusement que, dans la recherche du fondement juridique de ce droit de la mère, toute idée de parenté doit être mise de côté et que, seule, celle de délit doit être favorablement accueillie.

Pour qu'il y ait lieu de réclamer des dommages-intérêts, il faut, de toute nécessité, un préjudice souffert, un dommage subi. Or, dans le cas de naissance illégitime, quel est ce préjudice ? où se trouve le dommage ? Est-ce le tort causé à l'enfant par la procréation ? ou bien le dommage occasionné à la mère par cette grossesse illégitime ? La loi est muette sur ce point. Elle aurait dû

préciser davantage et nous éviter la peine de cette recherche. Le champ des hypothèses eut été moins vaste, la solution plus certaine. Essayons, cependant, de dégager un critère qui cadre avec le texte de la loi elle-même.

Tout d'abord, il ne me semble guère possible de soutenir un seul instant que le fait de la procréation puisse être un dommage pour l'enfant. La peine criminelle la plus rigoureuse, celle que l'homme regarde comme capitale et que le Code pénal place au sommet de l'échelle des châtimens humains et légaux, c'est la mort, la perte irrémédiable de la vie. Peut-on admettre une seconde, que donner ce qui, en droit pénal, est considéré à juste titre comme le plus précieux de tous les biens, devienne, en droit civil, un dommage ? Si ôter la vie à quelqu'un est le tort le plus grave qu'on puisse lui faire, la donner est donc un bienfait. Appeler à jouir de ce monde, à faire le bien, à rendre service à son pays, un être dans l'âme duquel Dieu a peut-être déposé l'étincelle de génie qui jaillira plus tard et rendra son nom illustre, ce n'est certes pas lui causer un préjudice. Et si ces raisons n'étaient pas assez puissantes pour démontrer l'inanité de cette première hypothèse, d'un tort quelconque fait à l'enfant par la procréation, il en est une encore plus péremptoire et dont j'ai déjà eu l'occasion de parler : pour souffrir un dommage, c'est-à-dire une modification de ce qui est, il faut exister ; or, commencer à être n'est pas un dommage, ce qui n'existe pas ne subissant aucune modification, partant aucun préjudice. Ce début dans la vie ne peut, équitablement, servir de base à une demande de dommages-intérêts. Il faut chercher ailleurs la victime de l'acte illicite, et puisque ce n'est pas l'enfant, serait-ce peut-être la mère ?

La grossesse illégitime lui cause assurément un préjudice sensible, dans son corps et dans sa situation personnelle ; elle lui ravit une grande partie de la considération dont elle jouissait, la couvre de déshonneur, elle et sa famille, brise ou compromet gravement son avenir, fait retomber sur elle de lourdes charges. Si on ajoute les douleurs physiques, la perte de sa virginité, les dangers de l'accouchement, les fatigues de la grossesse, l'incapacité de travail pendant un certain temps, alors précisément qu'elle aurait le plus besoin de gagner, sa santé perdue peut-être, aux éléments ci-haut : perte de l'honneur, défloration physique, frais d'entretien, on réunit suffisamment de motifs pour asseoir une action en indemnité en faveur de la mère. Tel est le but poursuivi par le législateur

fribourgeois. La mère n'a-t-elle rien à réclamer de l'homme à l'amour et à l'honneur duquel elle s'est confiée, de l'homme pour lequel elle a affirmé son dévouement jusqu'à tout oublier et tout sacrifier ? La faute a été commune ; n'est-il pas d'une élémentaire justice que les deux coupables en supportent les conséquences, et non l'un d'eux seulement, et le plus faible, encore !

Pour nous convaincre que l'action de l'art. 49 est une action en indemnité, fondée sur le préjudice causé à la mère, par la procréation, nous n'avons qu'à parcourir la loi de 1871.

Le premier argument que je trouve en faveur de cette opinion, je le tire du texte lui-même de la loi. Quelle est la rubrique du titre qui nous occupe ? « *Action en dommages-intérêts accordés à la mère et à la commune d'un enfant naturel.* » Si nous parcourons les divers paragraphes, l'art. 6, puis l'art. 49 parlent expressément d'une *action en dommages-intérêts...* — « *L'action en dommages-intérêts...* » dit plus loin l'art. 51. « *L'action en dommages-intérêts...* » répète l'art. 53 ; « Pour le cas où... l'action en dommages-intérêts n'est admise... » art. 54 et enfin, art. 58 : « Les indemnités revenant à la mère... » La volonté du législateur me paraît si nettement exprimée, qu'elle ne peut vraiment donner lieu à aucune discussion. Elle est d'ailleurs confirmée par les motifs qui ont amené cette transformation radicale de nos institutions civiles en matière de filiation illégitime, et par le but même de la loi de 1871. Sans doute, on a voulu faire droit aux motions présentées, aux demandes de réformes adressées par les communes, mettre un terme aux faux serments, diminuer les procès scandaleux dans lesquels la preuve est souvent incertaine et dangereuse, en un mot remédier aux multiples abus auxquels l'ancien système donnait lieu, mais le motif déterminant, celui qui imposait pour ainsi dire le changement de principe, a été beaucoup moins les désavantages d'une théorie qu'une raison d'opportunité. Le canton de Fribourg se trouvait dans une situation très défavorable, environné qu'il était d'Etats prohibant la clame en paternité. La jurisprudence posée par le Conseil fédéral ayant admis que la loi du pays d'origine était applicable, il arrivait que la femme fribourgeoise enceinte des œuvres d'un vaudois ou d'un neuchâtelois ne pouvait l'actionner en reconnaissance de paternité, les législations de ces cantons le lui interdisant, tandis qu'au contraire le fribourgeois établi à Lausanne ou à la Chaux-de-Fonds restait exposé à l'action de la vaudoise ou de la neuchâteloise qu'il avait rendue mère. La situation

était devenue impossible pour nos ressortissants hors du canton. Il fallait y mettre un terme en rétablissant l'équilibre juridique entre fribourgeois à l'étranger et étrangers domiciliés chez nous.

Les deux derniers mots de l'art. 49 pourraient laisser croire qu'il existe pour ainsi dire deux actions parallèles, car il ne faut pas confondre l'obligation alimentaire avec le devoir d'éducation : ce dernier dérive du fait de la paternité, nous dit Laurent, tandis que l'obligation alimentaire a pour fondement les liens du sang et de l'alliance qui imite la parenté. L'obligation alimentaire est illimitée ; le devoir d'éducation prend fin quand le but poursuivi est atteint ; l'une est réciproque et se paie en argent ; l'autre ne l'est pas et s'ac-complit en nature ; celle-ci peut incomber aux autres ascendants que le père ou la mère ; celui-là ne pèse généralement que sur les parents. Ceux qui veulent voir la parenté à la base de cette action en dommages-intérêts ne manqueront pas de relever ce point et d'en tirer parti en faveur de leur opinion, ils auront assurément raison, mais cela ne les avancera guère. Ces deux actions n'existent pas dans l'art. 49 ; il n'y a dans l'emploi de ces mots « entretien et éducation » qu'une inadvertance de rédaction, la preuve en est dans la teneur de l'art. 52. « L'action peut être intentée « dès avant la naissance, ou elle doit l'être, sous peine de péremp-
« tion, dans l'année qui la suit. » S'il se fut agit d'une dette alimentaire pure et simple du père à l'égard de son enfant naturel, c'est à ce dernier qu'il aurait été donné d'en réclamer le paiement et non à sa mère. L'inaction de cette dernière n'aurait eu aucune influence sur le droit de l'illégitime, elle ne l'aurait ni transformé ni amoindri : l'action eut été imprescriptible. Or, comme nous venons de le voir, ce n'est pas le cas ; nous sommes donc bien en présence d'une action en dommages-intérêts appartenant à la mère et nullement d'une créance alimentaire de l'enfant.

De plus, cette action est assimilée, dans notre loi, à une action personnelle ordinaire ; comme n'importe quelle réclamation pécuniaire, elle doit être portée devant le Tribunal du domicile du défendeur. (Art. 14 du Code de procédure civile ; art. 59 de la Constitution fédérale de 1874.)

Voyons maintenant à qui les dommages-intérêts doivent être payés. Si l'action est une action alimentaire, elle ne peut exister qu'en faveur de l'enfant et c'est à l'ayant-droit ou à son représentant légal, mère ou tuteur, que l'argent doit être versé. Nous n'avons

rien de pareil ici. L'action est déposée entre les mains de la mère; c'est elle qui l'intente, en son propre nom, c'est à elle directement que l'indemnité sera payée. Cette contribution sert à la soulager partiellement et graduellement du surcroît de charges découlant pour elle de la maternité et de ses devoirs. Ces charges viennent-elles à disparaître, l'enfant meurt-il? la cause de l'obligation cessant d'exister les dommages-intérêts cessent d'être dus, le père est libéré.

Quant à la nature de ces dommages-intérêts, ils sont, le plus souvent, représentés par une somme d'argent. Toutefois, il n'est pas indispensable que cette prestation soit mensuelle, trimestrielle ou annuelle; elle peut parfaitement consister dans la remise, une fois pour toutes, d'un capital fixe, la périodicité du paiement n'est ici qu'un mode de l'indemnité, le plus fréquent, il est vrai, à cause de la probabilité du décès de l'enfant, qui, en éteignant la créance, éteint les suites de l'obligation, mais non le seul. Il a été reconnu notamment, que la mère peut transiger, renoncer à ces dommages-intérêts, les recevoir en une seule fois, sans que l'enfant soit admis à formuler des réclamations. La mère s'est contentée, je suppose, d'un montant fixe de fr. 1000; elle meurt 4 ou 5 ans après la naissance de l'enfant, qui lui survit et reste sans ressources. Peut-il s'adresser à son père? La transaction survenue entre les deux auteurs a éteint le droit d'action; le père est dégagé de toute responsabilité civile et légale; seule l'obligation morale subsiste. Si l'action de l'art. 49 était en réalité une action alimentaire, la transaction passée serait nulle à l'égard de l'enfant, parce qu'elle a été conclue par une personne dépourvue de toute vocation et sans l'assentiment du principal intéressé. De plus, l'étendue de cette obligation n'est pas restreinte à un nombre déterminé d'années; elle est exigible aussi longtemps que l'enfant ne peut pas se suffire à lui-même et le fait qu'il a atteint l'âge de 18 ans révolus, ne modifie en rien les devoirs du père naturel à son égard. L'art. 57 nous dit au contraire: « Le con-
« damné doit payer sa part contributive à l'entretien et à l'éducation
« de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci ait atteint l'âge de 18 ans révo-
« lus », après quoi il est libre. Ce qui détruit complètement toute idée de consanguinité entre le débiteur et le créancier de ce rapport juridique.

J'ai dit, plus haut, que la créance alimentaire appartenait à l'enfant: son nom doit donc nécessairement se retrouver dans le texte législatif. Or, dans la loi de 1871, un coup d'œil suffit pour

s'en convaincre, il n'est jamais prononcé ; on ne parle que de la mère, ce mot s'échappe à chaque instant de la plume du législateur : c'est « la mère » qui peut faire condamner... Le procès est intenté par « la mère »... Les indemnités reviennent à « la mère »... L'enfant n'apparaît que très subsidiairement, pour représenter en quelque sorte le dommage dont « la mère » demande la réparation.

A tous ces arguments qui doivent, me semble-t-il, dissiper les derniers doutes et faire tomber les dernières hésitations, j'en ajouterai deux autres, non moins importants : la transmissibilité de la dette aux héritiers du débiteur et les exceptions des art. 53 et 55.

Le droit aux aliments est exclusivement attaché à la personne de celui à qui la loi l'accorde ; il s'éteint avec lui et ne passe pas à ses héritiers. Ce droit, en effet, est basé sur deux choses absolument intransmissibles : d'une part, la qualité du titulaire, d'autre part, le besoin dans lequel il se trouve. L'obligation alimentaire repose sur un devoir de piété, qui dérive du lien de la parenté ou de l'alliance, elle doit donc être aussi intransmissible que sa cause. L'héritier de celui qui devait les aliments succède-t-il au titre de parent ou d'allié et au degré de la parenté ou de l'alliance, à raison desquels le défunt était tenu de l'obligation alimentaire ? Evidemment non. Il ne doit pas par conséquent succéder à l'obligation alimentaire, qui en était une charge. Comment expliquer alors, en supposant notre action fondée sur la parenté, la disposition de l'art. 45, qui autorise la mère à actionner en dommages-intérêts les héritiers du père décédé, lorsque la paternité est formellement déclarée dans un acte authentique ou par un aveu en justice ? Il faut y renoncer et se rendre à l'évidence.

Le second des motifs auxquels je faisais allusion tout à l'heure est encore plus puissant.

En parcourant les moyens mis par la loi à la disposition du défendeur pour résister à l'action de la mère et la paralyser, une chose frappe dès l'abord le lecteur : c'est que toutes les exceptions des art. 53 et 55 reposent sur l'indignité de la mère. Ce sont des faits purement personnels à celle-ci, dont elle seule doit supporter les conséquences et qui ne sauraient en aucune manière réagir sur les droits de l'enfant, s'il était vraiment question d'une créance alimentaire. Que la mère omette de faire les déclarations légales, qu'elle soit majeure à l'époque de son accouchement et le défendeur mineur de 17 ans, ou qu'elle ait déjà eu un enfant naturel avec

un autre homme, cela ne prouve rien pour ou contre l'illégitime et ne peut avoir qu'un seul résultat : celui d'éclairer le Juge sur la moralité de la demanderesse et de la priver d'un droit. Le lien de parenté naturelle, unissant le père à l'enfant, est-il rompu parce que l'une ou l'autre de ces diverses exceptions est admise par le Tribunal ? Certes non ! La filiation naturelle existe malgré tout ; le défendeur, quoi qu'il fasse, n'en reste pas moins le père de l'enfant et a, comme tel, des obligations auxquelles il ne saurait se soustraire en invoquant des faits personnels à l'actrice. En admettant ces exceptions, le législateur fribourgeois a voulu prévenir les scandales et les procès téméraires, réprimer le libertinage, châtier le vice et ne condamner qu'avec certitude le vrai coupable ; il a voulu montrer également que s'il accorde à la mère naturelle un droit d'action en dommages-intérêts contre l'auteur de sa grossesse, c'est parce qu'elle en est digne, qu'il sait protéger la fille séduite, mais aussi punir la femme de mœurs douteuses, en lui retirant cette faveur et en faisant retomber sur elle la totalité des charges de la maternité.

J'invoquerai encore, à l'appui de cette opinion, un dernier moyen. Je le tire de la circonstance que, au cours des travaux préparatoires de la loi, l'effort constant des novateurs a été de renverser l'ancien principe qui autorisait l'enfant à rechercher son père et à établir entre eux une filiation civilement reconnue, pour lui substituer un principe nouveau, celui de la maternité ; cela signifiait évidemment que désormais il ne pourrait y avoir un lien de *parenté* qu'à l'égard de la mère seule, et non vis-à-vis du père, ce dernier restant, au point de vue de la filiation, complètement étranger à l'enfant. Si l'action de l'art. 49 avait été une créance alimentaire déguisée, les chefs de l'opposition au Grand Conseil auraient su, en 1870 comme en 1858, repousser un Projet de loi ne satisfaisant pas leurs désirs et ne rompant pas ouvertement avec l'ancien ordre de choses. Ils l'ont au contraire approuvé ; ce qui démontre à l'évidence que leur but étant atteint, ils ne voyaient, dans l'action en dommages-intérêts accordée à la mère, qu'une pure et simple contribution pécuniaire fondée sur un acte illicite.

En dernière analyse, je ferai observer que cette action n'est nullement une innovation. Sous l'empire du Décret de 1821, puis plus tard dans le Code Civil qui reproduisit le principe, elle naissait déjà comme action subsidiaire de la mère contre l'étranger que la loi de son pays d'origine parvenait à soustraire à la recherche en

paternité. A cette époque, où il n'était pas encore question de changement, elle était précisément opposée à la créance alimentaire basée sur la parenté.

Je ne saurais terminer cette discussion sans jeter un coup d'œil sur quelques arrêts, soit du Tribunal fédéral, soit de notre Cour d'Appel : ils lèveront, j'en suis persuadé, les dernières hésitations que l'on pourrait avoir sur la véritable base de cette action, et seront un des meilleurs arguments en faveur de la thèse que je soutiens.

Les partisans de la créance alimentaire ne manquent jamais d'invoquer un précédent qui semble confirmer leur manière de voir, mais ne touche pas, en réalité, la question. La fille F..., devenue enceinte des œuvres d'un nommé D..., lui intenta une action en dommages-intérêts fondée, non pas sur la loi spéciale de 1871, mais sur les art. 50 et suiv. du Code fédéral des obligations, qui, selon elle, « ont évidemment abrogé toutes les dispositions des lois cantonales concernant la question des dommages-intérêts. » La conciliation n'ayant pas abouti, la fille F... assigna D... devant le Tribunal civil de la Gruyère, où elle reprit ses conclusions, sans plus parler de l'enfant et de son entretien. D... contesta les allégués de fait et repoussa ses conclusions par les motifs suivants : 1° La grossesse hors mariage ne constitue pas un acte dommageable de la nature de ceux prévus aux art. 50 et. suiv. CO. ; 2° la question rentre dans le droit des personnes réglé par la loi du 23 juin 1871, qui n'a pas été abrogée ; 3° il souleva une exception tirée de la circonstance que, au moment de la conception, il était marié, c'est-à-dire dans l'impossibilité légale de contracter mariage avec la demanderesse, et que celle-ci en avait pleine connaissance. Le Tribunal de la Gruyère, par Jugement du 6 décembre 1887, débouta D... de son exception et reconnut la recevabilité de l'action de la fille F... ; D..., ayant interjeté appel, la Cour réforma le Jugement et admit l'exception soulevée ¹⁾. La fille F... recourut au Tribunal fédéral, qui confirma l'Arrêt de la Cour d'appel fribourgeoise ²⁾.

Cet arrêt, dont on veut faire un cheval de bataille, n'a même pas effleuré le problème que je me suis posé, de savoir si l'action est une action alimentaire ou une action en dommages-intérêts. Sans doute, il a reconnu, d'une manière générale et théorique,

¹⁾ Arrêt du 10 février 1888. Protocoles, p. 118.

²⁾ Arrêt du 24 mars 1888. Rec. off. vol. XIV, p. 117.

que « l'action basée sur le seul fait de la paternité n'apparaît pas « comme une action *ex delicto*, mais que la réclamation, au père de « l'enfant naturel, d'une contribution destinée à l'entretien de celui-
« ci, a sa source dans le rapport de parenté naturelle entre le père
« et l'enfant ». Résulte-t-il de cela que l'action spécialement prévue au Titre II de notre loi, soit aussi une action alimentaire ? Certes non. Cet arrêt ne pose pas, à cet égard, de principe et n'avait d'ailleurs pas à le faire, puisque, dans le cas particulier, le droit de la mère était paralysé par une exception péremptoire. La question n'était pas là ; elle était de savoir si le Code des obligations avait, oui ou non, abrogé la loi cantonale en matière de dommages-intérêts.

Cette interprétation paraîtrait-elle douteuse, voici un autre précédent plus catégorique encore.

En mai 1892, une wurtembergeoise, agissant en vertu de l'art. 49, ouvrit une action en dommages-intérêts contre un français, aux fins de le faire condamner à contribuer à l'entretien de l'enfant dont elle était enceinte. Tous deux étaient domiciliés à Fribourg ; le 28 août, la fille L... accoucha d'un garçon, né à terme. Le Tribunal de la Sarine, par jugement du 9 décembre 1892, admit la demanderesse dans ses conclusions. P... interjeta appel et le 27 février 1893, la Cour cantonale confirma le jugement de première instance ¹⁾.

Après avoir rappelé que le principe posé dans le Code civil à l'art. 225 fine avait été maintenu dans la nouvelle loi, ainsi que cela résulte de la comparaison des textes et du message du Conseil d'Etat, l'arrêt ajoute : « Il s'agit au surplus, en pareille matière, « d'une question d'ordre public, lequel veut que l'enfant naturel « soit entretenu et élevé, non-seulement par sa mère, s'il n'est pas « reconnu, mais encore par celui que celle-ci prouvera en être le « père. Bien que le fait de la paternité puisse être envisagé comme « la base de l'action prévue à ce dernier article, celle-ci n'en constitue pas moins une action personnelle pour laquelle le défendeur « doit être recherché à son domicile. Cette action ne vise point une « question d'état, ne touche pas au statut personnel, mais elle constitue une simple réclamation pécuniaire : c'est la demande d'allocation d'une somme d'argent qui forme le véritable objet du

¹⁾ Arrêt du 27 février 1893. Protocoles, p. 123.

« procès, et, en l'accordant, le jugement ne vaudra qu'en égard à
« la prestation pécuniaire et ne saurait préjuger en rien la question
« de lien de paternité. »

Le débat fut porté devant le Tribunal fédéral. Ayant à résoudre la question de violation de l'art. 9 de la loi fédérale sur les Suisses établis ou en séjour qui lui était plus directement posée, la Cour suprême eut à rechercher la nature juridique de l'action en dommages-intérêts prévue à l'art. 49. « A cet égard », dit l'arrêt, « il faut remarquer que la dite action ne se caractérise pas comme action en détermination du statut de l'enfant illégitime.... D'ailleurs les conclusions prises par la demanderesse ne tendent point à fixer l'état-civil de l'enfant et à faire constater à cet effet la paternité du sieur P..., mais uniquement à faire condamner ce dernier à contribuer, par voie de dommages-intérêts à payer à la mère, à l'entretien du dit enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint sa 18^{me} année. Au surplus, le caractère de cette action résulte clairement de la suscription même du titre II duquel l'art. 49 susvisé fait partie, intitulé parlant de « l'action en dommages-intérêts accordés à la mère et à la commune d'un enfant naturel » et la loi fribourgeoise de 1871 affirme ce même caractère dans plusieurs de ses articles, et elle soumet la dite action au for de l'action personnelle. L'action... compète ainsi à la mère, en son propre nom..., et comme elle ne se trouve dans aucun lien de parenté avec l'auteur de sa grossesse, l'obligation alimentaire imposée à P... *n'est point fondée sur la parenté*, et ne rentre pas dans la catégorie de celles prévues à l'art. 9 alinéa 2 de la loi fédérale de 1891, lesquelles sont régies par la loi du lieu d'origine de la personne qui doit les aliments; c'est une réclamation essentiellement personnelle, fondée sur un rapport d'obligation, et pour laquelle le débiteur doit être recherché devant le Juge de son domicile¹⁾... ». Le recours fut écarté.

Enfin, dans un arrêt récent, la Cour d'appel a consacré une fois de plus cette manière de voir et cela d'une façon très catégorique.

La fille Anna Z... avait intenté à un sieur Gottfried H... une action en indemnité, fondée sur l'art. 49 de la loi de 1871. Gott. H..., en notifiant à sa partie adverse ses exceptions, requit d'elle des sûretés pour les frais présumés du procès. Il se basait pour cela

¹⁾ Recueil officiel, XX, p. 49 et 50.

sur l'art. 76 litt. a) de notre Code de procédure civile. Anna Z... s'y refusa, invoquant l'art. 82 litt. c) du même code. L'incident fut plaidé. Le Tribunal civil de la Singine ayant admis Gottf. H... dans sa réquisition, la fille Z... recourut et la Cour d'appel, considérant en droit,

« que loin de pouvoir être assimilée à l'action alimentaire, « dont il est question aux art. 171 et suivants du Code civil, l'action « en dommages-intérêts, visée par les art. 6 et 49 de la loi de 1871, « se caractérise par des différences essentielles, qui ne permettent « pas de la confondre avec la première.... ;

« que si le législateur eut voulu accorder à la mère d'un enfant « naturel une action alimentaire, il n'eut pas soumis cette action « aux prescriptions à court terme de l'art. 53 ;

« qu'au surplus, l'action prévue à l'art. 49 précité ne dérive « pas tant du fait de la paternité, que de *la faute consistant dans le* « *fait illicite des relations illégitimes*, lesquelles ont eu pour résultat « la naissance d'un enfant naturel : l'obligation imposée à l'auteur « de la grossesse... apparaît donc ici, non pas comme une charge « de la paternité, puisque celle-ci n'est pas reconnue avec toutes ses « conséquences, mais bien plutôt comme *un dédommagement pour la* « *mère, en raison des dépenses qu'elle devra s'imposer pour l'entretien et* « *l'éducation de l'enfant*, par elle mis au monde, et dont elle ne « peut nier la maternité ;

« que l'action en dommages-intérêts..... *diffère* donc de l'action « alimentaire proprement dite, non-seulement *quant à la cause*, au « fondement et à la durée, mais encore *quant à ses effets...* », admit Gottfried H... dans sa demande de sûreté¹⁾.

Je ne me suis arrêté qu'aux précédents les plus caractéristiques et les ai cités un peu trop longuement peut-être ; il est une foule d'autres Arrêts qui, tous, résolvent le problème de la nature juridique de l'action en dommages-intérêts de la même façon et corroborent parfaitement ma manière de voir.²⁾

Avant d'abandonner cette partie de ma thèse, il est un point obscur que je dois tenter au moins d'élucider, si je ne puis arriver à

¹⁾ Arrêt du 14 février 1894. Protocoles, p. 69.

²⁾ Arrêts des 12 avril 1882. Protocoles de la Cour d'appel, p. 159 et 164 ; 25 octobre 1882, p. 488 ; 30 octobre 1882, p. 499 ; 23 février 1885, p. 101 ; 18 avril 1885, p. 265 ; 30 janvier 1888 p. 73 ; 4 juin 1888, p. 409 ; 18 novembre 1889, p. 673 ; 28 avril 1896, p. 306.

le faire complètement. Cette étude paraîtra disproportionnée aux yeux de quelques-uns, je le sais ; je ne crois cependant pas devoir l'abréger, mon sujet étant de droit cantonal pur et ce point discutable ayant une grande importance.

La rubrique du titre II porte : « Action en dommages-intérêts accordés à la mère et à la commune d'un enfant naturel. ». Etant donné que chaque mot fait partie intégrante de la loi, on peut en inférer que la commune est admise à intenter l'action, si, pour une raison ou pour une autre, la mère elle-même ne le fait pas. Il eut été logique que le législateur, après avoir ainsi posé le principe, le développa dans quelques articles et exprima plus nettement sa volonté intime. Cela n'a pas lieu. L'en-tête est le seul endroit du titre où il soit fait mention de la commune, où ce mot se rencontre. Il faut donc nous demander si la commune de l'enfant jouit vraiment de ce droit ou si nous ne nous trouvons pas plutôt en présence d'une négligence de rédaction ?

Je n'hésite pas à me ranger à cette dernière manière de voir et voici pourquoi.

En consultant le projet présenté au Grand Conseil en 1869¹⁾, et celui soumis aux délibérations de cette même autorité l'année suivante²⁾, on se rend facilement compte de la différence profonde, qui existe entre ces deux documents.

Dans le premier, la recherche de la paternité est encore permise, mais légèrement amoindrie, paralysée. Le titre III renferme une section X intitulée : « De l'intervention des communes dans les causes en paternité³⁾ » qui contient toute une série de dispositions réglant le droit et la forme de l'intervention des communes dans ces sortes de procès. La commune de la mère peut intervenir s'il existe des motifs de nature à faire supposer une collusion ; par exemple, lorsque la mère refuse de nommer le père, qu'elle désigne un inconnu ou un étranger, auquel l'enfant ne peut être adjugé. La commune de l'accusé intervient pareillement, lorsqu'elle est en mesure d'articuler des faits propres à établir que son ressortissant accepte la paternité ou néglige de se défendre par suite d'une entente frauduleuse. En dehors d'hypothèses diverses, exactement déter-

1) Bulletin officiel, XXI, p. 64.

2) Bulletin officiel, XXII, p. 50.

3) Articles 71, 72, 73 et 74. Bull. off., XXI, p. 68.

minées, le projet, très large à l'égard des communes, leur accorde des droits étendus et leur permet d'intervenir dans tous les cas où elles estiment que leur intérêt l'exige.

Le projet de 1870, rédigé suivant les avis du rapporteur et les instructions du Grand Conseil, supprime complètement la recherche de la paternité. La section X, dont je viens de parler, disparaît.

Il faut remonter encore plus haut pour trouver l'origine de cette incompréhensible rubrique. Si l'on compare le dernier projet, celui de 1870, avec celui élaboré quelques années auparavant, sur la base d'un système mixte, on verra qu'il en est fortement inspiré et que cette inspiration se manifeste plus particulièrement dans la partie qui nous occupe.

Le projet de 1862 à l'art. 40 de son chapitre 3 intitulé : « De « l'action en dommages-intérêts accordée à la mère d'un enfant naturel et à sa commune » disait : « La mère d'un enfant naturel peut « faire condamner celui qu'elle prouve en être le père, à contribuer « à son entretien et à son éducation », et il ajoutait : « si elle n'exerce « pas ce droit, sa commune peut l'exercer en son lieu et place. » En 1870, on reprit le texte de 1862, on copia la rubrique du chapitre 3, qui devint celle du titre II; on transcrivit le premier paragraphe de l'art. 40 textuellement pour en faire l'art. 48 de la nouvelle version, mais on omit de recopier le corollaire indispensable de cet article, étant donné les mots : « et à la commune » l'entête, c'est-à-dire le second alinéa cité plus haut. Cette omission est-elle volontaire ou involontaire? a-t-on oublié de modifier la rubrique du titre? Je ne sais, mais je suis porté à croire que ce point obscur provient uniquement d'un copiste négligent, et que dans la rédaction définitive de la loi, ces mots ont été maintenus par inadvertance à travers les différents projets; l'attention se porte plus volontiers sur le texte lui-même des articles, que sur les rubriques des chapitres et des livres qui passent inaperçues.

Lors de la discussion en Grand Conseil, M. le député Wuilleret proposa formellement d'introduire une disposition spéciale dans le but de garantir le droit d'action et d'intervention des communes, lorsqu'elles estiment qu'il y a collusion, ou que la mère est empêchée d'agir. Cette proposition, appuyée par M. Menoud, mais combattue par MM. Weck-Reynold, Frossard et Gendre, fut repoussée par l'assemblée¹⁾.

¹⁾ Bulletin officiel, vol. XXII, p. 104.

Telle est la suite des circonstances auxquelles nous devons l'en-tête énigmatique du titre II. Si le texte en lui-même peut un instant laisser supposer l'existence de cette prérogative en faveur de la commune de la mère, il est aisé de se rendre compte des inconvénients et des abus auxquels une semblable interprétation donnerait lieu dans la pratique.

Au point de vue orthographique, tout d'abord, la rubrique ne dit pas : « action en dommages-intérêts *accordée* » comme le porte le projet de 1869, mais bien : « action en dommages-intérêts *accordés...* » ce qui laisse déjà entrevoir que relativement à l'indemnité, l'action doit avoir été épuisée par la mère, pour que le rôle de la commune puisse commencer et que cette dernière ne peut qu'intervenir au procès pour assurer l'entretien de l'enfant ou surveiller l'emploi régulier des sommes remises à la mère.

Supposons un instant que l'action est effectivement accordée à la commune de la mère (qui est la même que celle de l'enfant, puisque celui-ci suit, dans la règle, la condition de sa mère). Elle doit l'être au même titre et avec les mêmes conséquences que celle concédée à la mère elle-même. En passant en revue ces conséquences, voici ce que je constate.

La mère étant morte avant d'avoir commencé son procès, la commune (je suppose qu'elle a ce droit) intente l'action en dommages-intérêts contre le père présumé pour le forcer à contribuer à l'entretien de l'enfant. Je passe sur les difficultés presque insurmontables de la preuve. N'y aurait-il pas dans ces sortes d'affaires, qui roulent sur des faits absolument intimes et personnels, quelque chose d'immoral et d'inconvenant ? On conçoit que la mère, la principale intéressée, fasse le procès, après mûres réflexions, si elle le juge à propos ; mais, ce qui ne se justifie pas, c'est que le législateur permette à une personne morale, la commune de la défunte, d'entrer dans un débat où la pudeur, les sentiments et les convenances, toutes choses qui sortent du domaine de la loi, jouent un si grand rôle. L'on permettrait à un tiers, à un indifférent, de venir fouiller dans la vie privée d'une femme avec toute l'âpreté qu'excitent les questions d'argent ; il pourrait se servir des moyens accordés par la loi à la demanderesse et le défendeur serait libre de soulever les exceptions personnelles, parfois odieuses, qu'il aurait été en droit d'opposer à la mère ! Quelle serait la véritable victime de cette procédure inquisitoriale ? Une morte, dont on ne craindrait

pas de souiller la mémoire, en dévoilant au public des fautes secrètes que l'on n'eût pas osé divulguer sans la circonstance fortuite du décès de cette malheureuse ! Le beau mérite, d'instruire contre une personne qui ne peut ni se défendre, ni répondre comme il convient à un libertin sans honneur.

Prenons une autre hypothèse : la mère vit, mais elle refuse d'agir pour un motif quelconque. Suivant la loi, la commune (je suppose toujours qu'elle a ce droit) peut intenter l'action sans son concours. Mais alors, quel sera le rôle de la mère, si elle est capable d'en jouer un ? Par crainte du scandale, elle n'a pas osé introduire elle-même le procès ; plutôt que de révéler au public sa faiblesse et d'obtenir à la suite de débats scandaleux une aléatoire contribution, elle préfère travailler courageusement pour subvenir seule à l'entretien de son enfant et cacher sa faute. Le droit qu'elle possède, elle ne veut pas en user, elle refuse d'être partie, et la loi voudrait qu'elle vienne, comme témoin, avouer à la barre ses relations avec son séducteur, et préciser les moindres détails des circonstances qui ont accompagné sa chute ! Le défendeur aurait le droit de lui déférer le serment sur ses dépositions, de l'interroger froidement, de remettre à nu sa blessure encore saignante, de disséquer pour ainsi dire ses actes, ses paroles, sa conduite, pour en tirer ensuite les conclusions les plus favorables à sa cause, en mettant cette pauvre femme entre deux alternatives : le parjure ou le déshonneur !

Telles sont les conséquences du système qui semble résulter de la rubrique du titre II. Cela ne peut évidemment pas être, ce serait monstrueux.

Mais si la commune de la mère ne possède pas un droit d'action direct, ne lui est-il pas permis, en ces sortes d'affaires, de se mêler à une instance qu'elle n'a pas introduite et qui n'est point dirigée contre elle, c'est vrai, mais qui, par l'exécution d'un jugement rendu après des débats dans lesquels elle n'aurait pas figuré, lui ferait éprouver un préjudice. Autrement dit, la commune de la mère a-t-elle le droit d'intervenir au procès, soit pour faire déclarer que le droit litigieux lui appartient, soit pour assurer la conservation de droits qui pourraient être compromis par le résultat de l'instance. C'est ce qu'on nomme, en procédure, l'intervention volontaire : incidente pour les parties déjà engagées dans l'instance qu'elle vient compliquer, cette demande est principale au point de vue de l'intervenant, jusqu'alors étranger au procès.

Cette intervention peut être principale ou seulement accessoire.

Elle est principale quand il s'agit de droits distincts de ceux des parties en cause; elle est alors considérée comme une action proprement dite, suivie comme telle et recevable en tout état de cause. Les conclusions de l'intervenant sont, dans cette hypothèse, différentes de celles des parties. Dans le cas particulier qui nous occupe, il ne peut y avoir lieu à une intervention principale de la part de la commune de la mère, les droits de cette dernière n'étant pas distincts de ceux de sa ressortissante. Sans doute l'intérêt existe, mais non la qualité pour ce faire, la loi n'accordant pas ce droit à la commune, comme nous venons de le voir. Il ne peut donc être question ici que d'une intervention purement accessoire, c'est-à-dire que le tiers intervenant poursuit des droits communs entre lui et l'une des parties principales et que ses conclusions sont identiques à celles de la partie en faveur de laquelle il est intervenu. Cette intervention accessoire, très discutable d'ailleurs, ne se justifie que dans une seule hypothèse, celle où la mère vient à mourir au cours de l'instance. La commune entre alors en scène pour s'emparer, si elle le trouve bon, du procès au point où il se trouve, le continuer jusqu'au jugement, en un mot, prendre le lieu et place de la défunte et faire tous les actes qui lui auraient été permis. La mère a soulevé volontairement une question qu'il importe de résoudre, il est juste que la commune puisse en poursuivre la solution et, qu'acquérant de nouvelles charges, elle acquiert aussi de nouveaux droits.

On peut donc dire, en résumé, que la commune n'a pas plus un droit d'intervention principale qu'un droit d'action. On a laissé subsister par négligence, une rubrique qui correspondait à un principe formellement répudié dans la discussion, malgré les louables efforts de M. le député Wuilleret. Jamais, d'ailleurs, une commune n'est intervenue dans un litige de ce genre depuis la promulgation de la loi de 1871, ni n'a même tenté de le faire.

Avant de terminer cette discussion, je n'ai plus qu'à tirer du principe que je viens de dégager, ses conséquences logiques; ayant déjà traité, dans une autre partie de mon travail, ce même sujet, je serai très bref sur ce point.

L'*exceptio plurium concumbentium* n'a pas été reproduite et ne pouvait pas l'être, d'après le système adopté du délit dérivant des relations sexuelles. Sans doute, la loi parle de « vie dissolue »,

mais ce n'est pas admettre l'*exceptio plurium concumbentium*. La vie dissolue suppose une habitude de dévergondage, un métier, elle ne peut résulter que d'un ensemble de faits, d'une série d'actes immoraux, tandis que l'*exceptio plurium concumbentium* n'exige qu'une seule cohabitation avec un autre homme que le défendeur. D'ailleurs, l'une frappant directement l'enfant, se justifie par le principe adopté comme fondement de l'action et s'impose; l'autre, personnelle à la mère, a surtout pour but d'empêcher une femme de mauvaise vie de jouir des faveurs de la loi.

La législation applicable est celle du lieu où le délit a été commis, c'est-à-dire celle du lieu où les relations intimes se sont produites. Quant au Tribunal compétent, c'est celui du domicile du défendeur.

L'action appartenant à la victime de l'acte illicite, à la mère, c'est cette dernière qui a le droit de l'exercer, d'y renoncer, de transiger. L'enfant est complètement soustrait à la puissance paternelle du père, n'a aucun droit à sa succession et peut se marier sans requérir son consentement.

J'ai dit à ce propos que rien n'empêchait légalement l'homme condamné à contribuer à l'entretien et à l'éducation d'une fille naturelle, de l'épouser plus tard, alors qu'elle aurait atteint l'âge requis. En théorie pure, je le répète, c'est exact, car d'après notre droit fribourgeois actuel, l'enfant illégitime, exclu civilement de la famille de son auteur, se trouve à son égard dans la même situation qu'un créancier vis-à-vis de son débiteur. — Aux yeux de la loi, aucun lien consanguinal n'existe entre eux, aucun texte ne prohibe cette union. Mais en dépit de cette autorisation tacite, il n'est pas besoin de longs développements pour faire toucher du doigt l'immoralité d'un tel acte et si, à défaut de jurisprudence fribourgeoise, je regarde ce qui se passe en France, où l'enfant non reconnu est dans la même situation juridique que le nôtre, je vois que cette union est interdite par les auteurs et les tribunaux, uniquement, comme le dit un arrêt de la Cour de cassation, par des motifs de morale et d'honnêteté publiques¹). « En fait d'empêchements au « mariage, la loi considère les liens du sang, et non les liens que « crée le mariage; dès lors, il n'y avait pas lieu à faire une différence « entre la parenté légitime et la parenté naturelle²) ». — « Il y a, dit

¹) Arrêt du 7 juillet 1817. Dalloz, au mot : mariage, n° 626.

²) Laurent, Principes de Droit civil français, II, p. 468.

Demolombe, de ces scandales si révoltants, qu'il faut, je dirais presque à tout prix, les rendre impossibles¹⁾ ». Un homme va-t-il donc pouvoir épouser une femme qui passe aux yeux de tous pour sa fille, et qui l'est en réalité, cela parce que la filiation de cette femme n'est pas légalement établie ? Certes non. « Aussi la loi a-t-elle confié à « l'appréciation souveraine et discrétionnaire des magistrats le point « de savoir si la parenté naturelle existe ; c'est à leur sagesse, à leur « prudence, qu'il appartient d'admettre ou de rejeter tel ou tel « genre de preuve, suivant les inconvénients plus ou moins grands, « qu'il pourrait, en fait, présenter. Il faut dès lors en conclure que « le Procureur du Roi (de la République) aura le droit de former « lui-même opposition et de prouver ainsi la parenté naturelle²⁾ ». Cette opinion a été consacrée par les tribunaux³⁾.

Le point de vue purement théorique que je soutenais tout à l'heure, à propos de la possibilité du mariage de l'enfant naturel avec son père, se trouve confirmé par un arrêt de la Cour de cassation fribourgeoise, rendu le 30 janvier 1895. Voici de quelle manière :

Le sieur P..., condamné par le Tribunal fédéral à payer 100 francs les quatre premières années, puis 200 francs les années suivantes, à la fille L... pour l'entretien de l'enfant qu'elle avait mis au monde, se montra peu empressé à se conformer à la décision rendue. La fille L... réclama les indemnités de 1893 et 1894 ; P... fit la sourde oreille ; si bien qu'une plainte pénale fut déposée pour abandon de famille (art. 384 du Code pénal). Le Tribunal de la Sarine, par jugement du 28 novembre 1894, condamna P... qui recourut en cassation.

La Cour, considérant :

« que, dans l'art. 384 du Code pénal, le législateur n'a entendu « viser que les enfants appartenant soit à la mère, soit au père qui « les aura reconnus ou auquel ils auront été attribués par jugement ;

« que celui qui est condamné en vertu de l'art. 49 de la loi du

¹⁾ Demolombe, cours de code Napoléon, III, p. 114.

²⁾ Demolombe, même ouv., III, p. 115.

³⁾ Merlin, Répertoire, tome XVI, au mot ; empêchement, § 4, art. 4 ; Arrêt du 6 avril 1809 (Dalloz, 1809, I, 177) ; Un individu ne peut, après le décès de sa femme, épouser la fille naturelle de celle-ci. Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 1850. (Dalloz, 1851, II, 30.).

« 23 juin 1871, *n'est pas le père dans le sens légal du mot*, puisque
« l'art. 6 dit expressément que cette action n'a point pour but de
« changer l'état-civil de l'enfant lequel continue à suivre la condi-
« tion de sa mère, quel que soit le résultat de l'action en indemnité;

« que l'action ne se caractérise point comme action alimentaire,
« basée sur la parenté, puisqu'elle est accordée à la mère, mais
« comme une *action civile en dommages-intérêts*;

« que la Cour d'appel a adopté la même manière de voir dans
« son jugement du 13 février 1894;

« par ces motifs, admet le recours et déclare l'art. 384 du Code
« pénal inapplicable en l'espèce ¹⁾ ».

¹⁾ Protocoles de la Cour de cassation pénale, 1895, p. 16.

CHAPITRE V

CRITIQUE DU SYSTÈME ET DEMANDES DE RÉFORMES

Au début de ce travail, je me suis posé une question : Quelle est la nature juridique de l'action prévue à l'art. 49 de la loi de 1871, créance alimentaire ou action en dommages-intérêts ? J'ai étudié ce problème dans le chapitre précédent et crois l'avoir résolu. Il me reste à voir maintenant si les intérêts en jeu, celui de la Société et celui de l'Enfant, sont suffisamment sauvegardés ; si cette solution imposée est bonne, si elle est juste, si elle ne pourrait pas être améliorée. Je n'hésite pas à répondre : non, elle est mauvaise, elle est bâtarde, elle est fausse.

Quel a été le but visé en modifiant le Code civil ? purger nos lois d'une institution soi-disant funeste, abolir la recherche de la paternité.

Quel est le résultat atteint ? la consécration, sous une autre forme, de l'institution pernicieuse contre laquelle, naguère, on n'avait pas assez de foudres.

S'il ne craint pas de permettre à la femme de rechercher son ancien amant, ce en quoi je l'approuve, parce que, comme je le démontrerai tout à l'heure, la preuve de la paternité n'est nullement impossible et les objections tirées de l'ordre public pas insurmontables, le législateur fribourgeois aurait dû laisser le champ libre à son généreux mouvement et, puisqu'il allait jusque là, ce que beaucoup d'autres n'ont pas osé faire, remettre ce droit entre les mains de son légitime propriétaire, de l'enfant, en faisant découler de la constatation de la parenté *toutes* les conséquences que cette preuve comporte.

L'enfant naturel a un droit sacré, le droit à l'existence. Pourquoi est-il incapable de réclamer des aliments à l'auteur de ses jours, même dans le cas où la paternité est de notoriété publique, confirmée par des relations intimes prouvées ? Pourquoi un homme, qui

a cohabité avec une femme et en a eu un enfant, peut-il, sans que cet enfant ait aucun recours contre lui, abandonner cette famille naturelle pour fonder une famille légale, au nom de laquelle il se débarrassera de tous ses rejetons antérieurs par un simple *nescio vos* ? Est-ce là respecter ce droit de l'enfant que l'on invoque, parfois, en phrases si sonores ? Ici, me dira-t-on, le droit de l'enfant doit être sacrifié aux inconvénients sociaux, qu'aurait, ce qu'on a baptisé de ce mot inquisitorial, créé et arboré comme un épouvantail, par nos vieux juristes, « la recherche de la paternité ». Laissons une bonne fois les mots de côté et voyons les choses. En fait, il s'agit de savoir si, parce qu'un être est faible et impuissant, il doit lui être refusé tout appui dans nos lois ; si, parce qu'un procès sur cent pourrait avoir quelques inconvénients, faciles d'ailleurs à réprimer, il faut interdire aux victimes innocentes de l'égoïsme masculin de plaider leur cause et même d'élever la voix. Le mal dont souffre notre législation civile en cette matière n'est pas que les enfants naturels ne puissent, socialement parlant, être assimilés aux enfants légitimes, le mal, c'est qu'il leur soit *a priori* absolument interdit de réclamer de leur père, quand il est bien connu d'eux et de tous, les aliments indispensables pour ne pas mourir.

La maternité naturelle est indéniable. C'est là un principe qui n'a pas besoin de plus ample démonstration. Si le fait de la conception échappe, par son mystère, à la perception, il n'en est pas de même de celui de l'accouchement. Cette mise au monde crée entre la mère et l'enfant un lien perpétuel de filiation, dont la première conséquence est le devoir, pour l'accouchée, de nourrir, d'élever et de prendre soin du fruit de ses entrailles. En n'admettant pas cela, et en exigeant une reconnaissance volontaire de l'enfant par la mère, on arrive à voir, dans les registres de l'Etat-civil, ce qui se rencontre fréquemment en France, des enfants inscrits comme « nés d'une mère inconnue », tout comme s'ils étaient issus d'une génération spontanée : *proles sine matre creata* ! Je n'insiste pas.

Mais parce que la maternité est ainsi très certaine, très facile à constater, faut-il pour cela charger exclusivement la mère des obligations qui découlent de l'arrivée sur cette terre de ce petit être, et libérer de toute responsabilité celui qui en est la cause efficiente ? Parce qu'elle ne trouve pas une solution aussi sûre, doit-on laisser complètement de côté la question de la recherche de la paternité ? Certes non.

Deux hypothèses se présentent :

La loi peut-elle créer entre le père et l'enfant un lien de parenté véritable, consacré par un droit successoral ?

Ou bien, en cas de négative, peut-elle obliger le père présumé à contribuer à l'entretien et à l'éducation de son enfant naturel ?

Un lien de filiation véritable consacré par un droit successoral, par la transmission du nom, de l'état-civil, de la bourgeoisie du père, suppose une certitude absolue. Le Juge aura-t-il jamais cette certitude absolue ? C'est là le principal argument des adversaires de la recherche en paternité.

Alors qu'en toute autre matière, disent-ils, on peut avoir une preuve directe de tel ou tel fait, en matière de paternité illégitime cette preuve directe est souvent impossible, toujours incertaine. La maternité, au contraire, peut être prouvée : le fait de l'accouchement est irréfutable, il peut être clairement établi, par témoin ou acte authentique, mais à qui est-il jamais arrivé de démontrer les secrets de l'acte générateur ? Etablirait-on le fait positif que la mère et le père de l'enfant ont eu des relations sexuelles pendant la période de la conception ; prouverait-on même que ces relations ont eu lieu à une époque plus précise à laquelle remonterait la conception d'après les conclusions embryogéniques, rien ne serait complètement certain, car il faudrait en outre prouver un fait négatif, à savoir que la mère n'a pas eu, à cette époque, des rapports intimes avec un ou d'autres hommes que celui qu'elle désigne. En refusant à l'enfant naturel une action dont il ne justifie pas le fait initial, la paternité, on ne lui cause aucun dommage, le législateur ne devant sa protection qu'aux droits susceptibles d'être prouvés. Veut-on, pour faciliter la preuve, entrer dans le domaine des probabilités ? les abus deviennent criants : on charge un homme de la paternité, de l'entretien et de l'éducation d'un enfant qui lui est totalement étranger. La perspective de pouvoir rejeter sur son complice le fardeau du devoir alimentaire affaiblit chez la femme sa force de résistance, la fait céder plus volontiers à la tentation, tout en l'incitant à se livrer à plusieurs afin d'attaquer, en usant de la faculté que la loi lui concède, celui qui offre les meilleures garanties de solvabilité.

Il ne faut pas, assurément, nier la valeur de cette première objection. Mais si la preuve est difficile, est-ce à dire qu'elle soit impossible ? Je ne le crois pas.

Il est bien d'autres hypothèses où la preuve n'est pas plus aisée et dans lesquelles, cependant, elle intervient à satisfaction de droit. Qu'est-ce que la preuve, dans son sens le plus général, sinon la conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu ; conséquence tantôt directe, c'est la preuve proprement dite, tantôt indirecte, c'est la présomption. Il ne faut pas abuser de la portée de ce mot ; la preuve, pour le Juge, n'est qu'une probabilité ; il y a toujours place pour l'erreur de son jugement, car la preuve n'est jamais adéquate aux faits à prouver. Cette incertitude n'est nullement spéciale au sujet qui nous occupe : elle est commune à toutes les preuves juridiques, aucune ne crée l'absolue vérité, mais seulement une probabilité plus ou moins grande. Prouve-t-on la filiation légitime ? prouve-t-on même la propriété ? Pour mettre fin à ces doutes, la Société a organisé un ensemble de probabilités qui, appréciées par la conscience, l'expérience et la science du magistrat, le conduisent le plus souvent à la découverte de la vérité. Le Juré qui condamne à mort un assassin, sur quoi se fonde-t-il ? sur sa conviction intime, c'est-à-dire sur une certitude morale. Et l'on voudrait, par un scrupule exagéré, protéger la bourse d'un libertin ?

Jamais on ne présente à un Juge une preuve qui exclue absolument la possibilité du contraire. J'en trouve des exemples, sans sortir du domaine de la paternité. Du jour où deux hommes ont été sur la terre, la possibilité métaphysique d'un doute est née, et si l'on proscriit la preuve de la filiation illégitime comme étant trop ardue, impossible, il faut, en bonne logique, proscrire une autre règle tout aussi difficile à établir, et à laquelle personne ne songe cependant à toucher, la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. La femme mariée est au nom de la loi présumée fidèle ; la femme non mariée est présumée infidèle et l'enfant né du concubinage ne sera pas admis à rechercher son père. Le concubinage se complique-t-il d'adultère ou d'inceste, la présomption *pater is est...* règnera. C'est le fétichisme de la forme ! La paternité n'est-elle pas la même partout ; le fait initial, la cohabitation, n'est-il pas exactement pareil dans les deux filiations ? La présomption légale que le père d'un enfant légitime est indubitablement le mari, manque de base juridique, et ne trouve son excuse que dans la protection que le législateur doit accorder au mariage. Les preuves directes font tout aussi bien défaut pour la paternité légitime que pour la paternité naturelle ; on se contente d'une preuve morale, et la seule différence qui puisse exister entre les

deux filiations c'est que, dans l'une, la preuve morale peut résulter d'une présomption légale, tandis que dans l'autre, elle doit toujours être actuelle, directe, comme si l'enfant naturel n'était pas innocent de la faute de ses parents et par là ne méritait pas la même protection que le légitime !

Je vais plus loin. Si la preuve de la paternité est difficile à fournir dans un cas ordinaire de grossesse illégitime, pourquoi est-elle admise dans les cas extraordinaires de viol et d'enlèvement ? dans deux cas exceptionnels et pas en général ? Est-elle plus aisée dans ces deux espèces que dans les autres ? Evidemment non. Cette exception ne s'explique pas et devrait tomber. Bien qu'il y ait des probabilités pour que le séducteur soit le père de l'enfant, si le moment de la conception coïncide avec l'époque du viol ou du rapt, cela n'est nullement certain. La période critique est assez longue pour que, avant comme après l'un de ces actes criminels, un autre que le défendeur ait pu avoir des relations sexuelles avec la femme et être le père véritable de l'enfant. Cependant, il n'est pas une seule législation qui ose aller jusqu'à refuser à l'enfant né d'une femme violée ou enlevée, le droit de rechercher son père et d'en exiger des aliments.

Pourquoi enfin ne pas recourir aux lumières d'Hippocrate ; ne serait-il pas juste, dans un siècle où la physiologie a fait tant de progrès, d'accorder quelque confiance aux médecins légistes et d'autoriser la preuve par experts de l'époque à laquelle remonte approximativement la conception ? On ne s'explique pas cette défiance irraisonnée, systématique, du Code à l'égard de la docte faculté, alors que, dans des causes pénales, domaine tout aussi hérissé de difficultés, où les conséquences d'une condamnation sont bien plus graves souvent que celles d'un procès-civil, le législateur n'hésite pas à lui soumettre les problèmes les plus délicats, tels que ceux de la responsabilité morale ou du libre arbitre.

L'action en recherche de paternité, disent encore les partisans de son interdiction, cause des scandales funestes à la morale publique, trouble la paix intérieure des familles, favorise le chantage et devient une source intarissable de faux serments et de parjures. L'honorabilité parfaite d'irréprochables citoyens est à la merci de la déclaration d'une fille publique. Sur ce thème inépuisable, ils rééditent un à un les arguments présentés par Bigot Préameneu, lors de la discussion du Code civil français. Le Juge devant se contenter de

preuves indirectes, d'indices, de présomptions, il est facile de le tromper par de fausses apparences, de tendre des pièges à sa bonne foi et d'en profiter avec adresse. L'animosité qui s'élève entre les parties amène son préjudice inévitable, en empêchant le mariage des parents de l'enfant, alors qu'il faut au contraire le favoriser.

Ces motifs ne suffisent pas pour justifier l'interdiction absolue de la recherche en paternité. Le cri qui s'était élevé sous l'Ancien Régime ne fut pas aussi « général » que l'orateur du Corps législatif a bien voulu le dire, et je partage pleinement à ce sujet l'opinion de Delvincourt : « Il est très douteux que de semblables poursuites aient « souvent été dirigées contre des personnes d'une vertu exemplaire « et d'une réputation intacte. C'eût été trop maladroit de la part « des demanderesses. Il est certain, au contraire, que ces sortes d'ac- « tions sont presque toujours intentées contre des hommes d'une « réputation plus que douteuse et dont la conduite irrégulière donne « la plus grande probabilité à la demande ¹⁾. » Rien n'empêche de décider que la procédure comportera une double instruction : la première secrète, aboutissant à une sentence qui ne recevra de publicité que si on admet la recherche, et demeurera ignorée de tous, si au contraire on la rejette. Les débats peuvent avoir lieu à huis clos et la reproduction dans la presse en être interdite, pour le plus grand bien de tous, les débats envenimant davantage ces sortes d'affaires que le fait d'agir en justice.

Quant aux abus auxquels cette action donne lieu, et au trouble qu'elle jette dans les familles, quel est le droit dont il ne peut être abusé, et comment supposer que l'abus, s'il se produisait, ne trouverait pas dans les tribunaux un correctif suffisant ? L'action troublera momentanément la famille et la société, mais le scandale et le trouble seront-ils moindre si l'action, au lieu d'être une recherche en paternité, est une demande de dommages-intérêts basée sur cette même paternité ? Je ne le pense pas. Le scandale ne doit pas être évité lorsqu'il est un mal nécessaire. Ici encore, pour être logique, il faudrait supprimer l'action en désaveu, ou en divorce qui soulève également de scandaleux débats. « L'enfant innocent, disait Franche- « boud, doit-il être dépouillé du droit qu'on ne saurait lui mécon- « naître, parce que son père a donné lieu au scandale. Du scandale, « mais oublie-t-on que la plupart des débats litigieux portés devant

¹⁾ Delvincourt, cours de Code civil, p. 387.

« les tribunaux offrent un côté plus ou moins scandaleux. Il y a
« scandale lorsqu'un débiteur de mauvaise foi nie sa dette et s'affran-
« chit par un serment ; il y a scandale, et à un haut degré, dans les
« révélations qu'amènent les procès qui ont pour but tous les atten-
« tats aux mœurs, faut-il pour cela rayer de nos Codes les preuves
« par serment et témoignages ? Faut-il que le Ministère Public
« renonce à demander la répression des immoralités, des attentats à
« la pudeur ? Evidemment cet argument ne porte pas ¹⁾. »

Tout en reconnaissant l'importance des motifs et la valeur des arguments invoqués par les partisans du système de l'interdiction de la recherche de la paternité, je ne saurais les approuver, ni chercher par conséquent à les faire prévaloir.

Comme je l'ai déjà dit, la génération établit inévitablement, entre le père et l'enfant illégitime, un lien de parenté naturelle. Ce lien est-il moins fort ou d'une autre essence que celui créé par la filiation légitime ? Certainement non, et alors même que le Code civil serait muet sur les devoirs du père naturel envers son enfant, la loi morale et sa conscience lui ordonnent de ne pas abandonner ce petit être qu'il a appelé à la vie, qui est son sang, d'en prendre soin, de le nourrir, de le vêtir, de l'élever, d'en faire un homme. On m'objectera qu'il ne suffit pas qu'un droit existe pour que le législateur le consacre et le protège, qu'il faut encore que ce droit puisse être prouvé. La difficulté se réduit donc à une question de procédure. Je crois avoir démontré que l'on peut parfaitement arriver à cette preuve, c'est-à-dire réunir des éléments propres à engendrer une présomption dont on peut raisonnablement se contenter et qui entraînera la conviction du Juge.

Une jeune fille devient enceinte pendant ses fiançailles : elle désigne son fiancé comme étant l'auteur de sa grossesse. L'hypothèse qu'un autre homme a eu des relations avec elle pendant l'époque critique peut être, en l'espèce, mise complètement de côté, étant donné la fidélité réciproque que se doivent les futurs époux.

Un homme et une femme, quoique non mariés, vivent publiquement ensemble, forment ce qu'on appelle un faux-ménage, et cela pendant des années. La présomption légale manque ici pour admettre l'existence d'un commerce exclusif de la mère avec le défendeur, et cependant ne peut-on pas faire la preuve que pendant

¹⁾ Rapport, p. 24 et 25.

l'époque critique la mère n'a pas cohabité avec un autre, cela d'une manière concluante, soit par la déclaration de la femme, si elle est digne de foi, soit par témoins, écrits, etc. ? L'affirmation n'est pas douteuse.

A côté de cette violation injustifiée des droits de l'enfant, il est une autre inégalité, bien plus monstrueuse, bien plus flagrante et qui se passe de tout commentaire : il y a deux coupables, un homme et une femme, un fort et un faible. La plus élémentaire équité exige que tous deux subissent les conséquences de leur acte ; or, qu'arrive-t-il ? Un seul supporte tout le poids de la faute commune, et c'est, non pas l'homme, comme on pourrait s'y attendre, celui qui est robuste et qui gagne, mais le plus faible, la femme, qui, en sa qualité de victime, est sûrement la moins fautive ! « Que
« l'heureux galant ne doive rien à la fille-mère, par hypothèse,
« nous pouvons y consentir, son obligation juridique n'en subsis-
« tera pas moins toute entière, à l'égard de l'enfant. Et pour s'y
« soustraire, il ne suffirait point d'alléguer que la conduite de la
« mère était suspecte ou même fâcheuse, qu'elle avait d'autres
« amants et que le vrai père n'est pas connu. Il faudrait à tout le
« moins établir encore que la mère est en état de remplir seule les
« obligations qu'elle a contractées conjointement avec un tiers ou
« des tiers inconnus. Autrement, pour satisfaire la plus simple jus-
« tice, la loi devrait exiger que les pères possibles connus fussent
« tenus solidairement à l'entretien de l'enfant, sous la tutelle de
« l'autorité publique. L'équité n'est pas seule à réclamer ces réfor-
« mes incisives, elles ne sont pas moins imposées par l'intérêt public
« et par la prévoyance. Les enfants naturels ne sont pas seulement
« des êtres voués au malheur, ce sont des ennemis de la société,
« constitués tels par les lois mêmes de la société. Et leur nombre
« est armée et ce nombre grossit chaque jour¹⁾ ».

Je ne veux pas recommencer à cette place une peinture, déjà souvent faite avec succès, de la déplorable situation de la fille-mère et de son enfant, en cette fin de siècle. Toutefois, quelques mots sont indispensables pour faire toucher du doigt cette plaie sociale et démontrer l'injustice d'un système qui devient parfois une cruauté.

Que se passe-t-il le plus souvent ? On se rencontre ; on fait connaissance ; des relations s'établissent ; elles continuent jusqu'au moment où survient une grossesse. Dès lors, une lente scission

¹⁾ Ed. Secretan, Les Droits de l'Humanité, p. 138.

s'opère ; inconsciente d'abord, puis plus évidente, elle aboutit fatalement à l'abandon de la victime. La première idée de cette malheureuse est celle de l'avortement. Si elle résiste à cette tentation, de jour en jour plus violente, à mesure que sa faute se révèle davantage, et qu'elle acquiert une conviction plus intime que son ancien amant ne reconnaîtra pas l'enfant, succède celle de l'infanticide. Succombe-t-elle ? C'est le baign. Résiste-t-elle encore à ce suprême désir de sauver, fut-ce par un crime, l'apparence de son honneur, la lutte devient plus opiniâtre, la crise plus aiguë. Chassée d'une famille que sa faute déshonore, poussée à bout par la nécessité de trouver, pour elle et son petit, le morceau de pain nécessaire à leur commune existence, meurtrie, vaincue enfin, elle demandera au vice, ce que le travail lui refuse et ira grossir le nombre des prostituées.

Pour renier l'enfant né de lui, l'être issu, qu'il le veuille ou non, de son esprit comme de son sang, qu'invoquera l'homme ? l'appétit invincible de l'instinct, l'empoiement de la volupté ? J'admets la réponse. Mais la mère a droit d'alléguer la même contrainte, et alors que devient l'enfant ?

Vivant dans un milieu de débauche et de passions, ayant, dès ses premières années, les pires exemples sous les yeux, le fils aura tous les vices, s'élèvera comme il pourra, vivra d'une maîtresse à l'âge où les autres commencent à travailler et finira par venir s'échouer sur les bancs de la Cour d'assises, pour y répondre d'un crime quelconque, de l'assassinat, au coin d'une rue déserte, d'un bourgeois attardé, représentant pour ce déclassé cette Société dans laquelle il aurait le droit de vivre, et qui l'expulse ignominieusement de son sein. La fille, si elle est jeune et belle, fréquentera les cabarets de nuit ou les maisons publiques, prostituera son corps, se donnera au plus offrant, jusqu'au jour où les rides d'une précoce vieillesse éloignant les amants, la feront tomber plus bas encore, l'obligeront aux plus vils métiers.

La mère appartient-elle à une classe supérieure, la honte étant plus grande, elle aura recours au suicide, et la destinée de l'enfant n'en sera que plus incertaine. Nous ne vivons plus sous Louis XIV, les St-Vincent-de-Paul sont rares, et les tours abolis¹⁾. Abandonné,

¹⁾ M. Dulau vient de déposer à la Chambre une proposition sur la protection de la mère et du nouveau-né, où il demande notamment le rétablissement des « tours ». En voici les principaux articles :

Dans chaque arrondissement il y aura au moins un hospice destiné à

il tombera à la charge de l'Assistance publique, ou sera interné dans une colonie pénitentiaire.

Pendant que se déroule ce drame poignant, que fait le père ? Il jouit de la vie et de l'estime de ses concitoyens ; tranquille et insouciant du mal qu'il a fait, il va à ses plaisirs et cherche de nouvelles victimes. « La jeunesse des hommes », dit Legouvé, « n'a presque qu'un but : ravir la vertu aux femmes ; tous, pauvres et riches, beaux et laids, nobles et roturiers, poussés, ceux-ci par la passion, ceux-là par l'ennui, d'autres par la vanité, se précipitent à la poursuite de cette vertu, comme des limiers sur une bête de chasse, et, par un contraste bizarre, le même monde qui accable d'anathèmes les femmes lorsqu'elles succombent, élève sur une sorte de pavois ceux qui les font succomber et honore les succès des hommes du nom réservé aux actions les plus glorieuses, du nom de conquête¹⁾ ! » Est-ce là le Progrès dont notre époque se vante avec tant d'orgueil ? Cette question sociale, dont tout le monde parle, aurait fait un grand pas vers sa solution, si l'on parvenait à diminuer cette armée de vagabonds, d'escarpes et de souteneurs, cette graine de révolutionnaires, précieusement enfouie dans les bas-fonds des grandes villes, en diminuant le nombre des enfants sans pères, en sauvegardant les droits de l'illégitime, de sa mère et, en même temps, ceux de la Société.

recevoir les femmes enceintes ainsi que les enfants abandonnés. Dans chaque hospice il sera établi une maternité ou salle d'accouchement. Toute femme à terme y sera admise sans enquête, sans formalités, à la seule condition de remettre au directeur de l'hospice un pli cacheté contenant son nom, son adresse, le lieu et la date de sa naissance. Ce pli lui sera rendu à sa sortie et ne sera décacheté par le directeur de l'hospice qu'en cas de décès.

Pendant trois années, à partir de la délivrance, des secours seront accordés, sur leur demande, aux mères indigentes, pour leur permettre de conserver avec elles et d'allaiter leurs enfants.

Chaque hospice sera muni d'un tour. Il y aura de plus un bureau des abandons communiquant directement, comme le tour, avec la voie publique. L'un et l'autre seront ouverts de jour et de nuit.

L'employé, chargé de la surveillance du tour ou du bureau d'abandon, est astreint par serment au secret.

Si c'est la mère elle-même qui fait l'abandon, l'employé se bornera à énumérer les inconvénients de l'abandon et les avantages de l'allaitement maternel. Si c'est une tierce personne, il se bornera à enregistrer l'enfant.

(*Le Temps*, numéro du 28 mars 1897.)

¹⁾ Exposé des motifs du projet Béranger, Coulet et Vaunois, p. 183.

Peut-on, de sang-froid, qualifier de protection une mesure qui froisse ce qu'il y a de plus impérieux au cœur de la femme, le besoin de rechercher celui qui l'a rendue mère et de trouver un appui pour son enfant. La loi permet de recourir aux Tribunaux pour faire reconnaître les plus minces prétentions ; pourquoi refuse-t-elle à l'enfant toute action juridique, lorsqu'il s'agit pour lui d'une question d'intérêt majeur ? Le nombre des avortements et des infanticides s'est tellement accru qu'on se demande avec stupeur, si ce ne sont pas des habitudes sociales ¹⁾. Qu'on ne vienne pas dire, après ces exemples navrants, que l'interdiction de la recherche en paternité n'est pas la légalisation de l'immoralité. L'institution de la police des mœurs, qui consacre et protège administrativement la débauche, punie par la loi, et qui dépouille de toute existence légale, en les vouant à la prostitution perpétuelle les femmes soupçonnées de s'y être livrées momentanément, forme le complément logique de cet ensemble de dispositions, c'est le couronnement de l'édifice.

On a beau prétendre que quoi qu'elle dise après, soit qu'elle réclame devant la justice, soit qu'elle jette du vitriol au visage de son ancien amant, soit qu'elle torde le cou à son enfant, la fille séduite savait parfaitement, avant, quels risques elle courait, on ne peut dans tous les cas qui se présentent, et ils sont nombreux, partager cette manière de voir. Sans doute, ici comme partout, il est des exceptions, mais elles confirment la règle, et il faut admettre avec Alex. Dumas fils « la poésie du sacrifice et l'héroïque « folie du don volontaire de soi-même ¹⁾ ! »

M. Alex. Weill, dans son ouvrage bien connu : « Que deviendront nos filles ! » a parfaitement rendu la situation de la fille-mère : « Le malheur de notre société ou cruelle ou hypocrite, c'est de lier « tout le fardeau sur l'épaule de la jeune fille, après l'avoir ôté à « l'homme, c'est de venir avec un air vainqueur au secours du plus « fort ; car s'il y a une immoralité, elle est bien plus forte du côté « de l'homme. Une femme ne viole pas les lois de la moralité sans « qu'il y ait complicité de l'homme. Une jeune fille ne devient pas « mère sans qu'il y ait un séducteur ! Nourrissez-la pendant qu'elle

¹⁾ Depuis moins de cinquante ans, nous dit M. Augée Dorlhac, il y a eu en France : 28,516 accusations d'infanticides et 12,001 accusations d'avortements. Dans la seule année 1881, il a été présenté 43,841 enfants morts-nés à l'officier d'état-civil (p. 300).

²⁾ La recherche de la paternité, lettre à M. Rivet, député. Paris, 1883.

« nourrit ses petits, ou bien chargez-vous vous-mêmes de vos « enfants, si vous ne voulez pas qu'ils meurent à peine nés!...¹⁾ »

Je pourrais m'arrêter là, et répondre à la première question que je me suis posée au commencement de ce chapitre; mais avant de le faire, pour compléter mon étude et considérer le problème sous toutes ses faces, je supposerai que le législateur ne s'est pas rendu à mes arguments, qu'il y a répondu négativement. S'ensuit-il que l'enfant naturel devra être dépourvu de toute action contre son auteur? Aucunement. La loi peut parfaitement obliger le père présumé à contribuer à l'entretien et à l'éducation de son enfant et cela en appliquant une notion, on peut dire récente, mais très juridique, la notion *du risque*. Dans la langue du droit, le mot « risque » désigne un péril d'une nature particulière, celui que fait courir à une personne l'obligation où elle se trouve de supporter les détériorations qu'une chose déterminée est exposée à subir par suite d'un cas fortuit.

« Lorsque des forces particulièrement dangereuses », dit M. le professeur Mentha²⁾, « sont mises en jeu, les accidents survenus « dans le champ d'activité de ces forces sont considérés comme « causés par elles, sans qu'il soit nécessaire de prouver un rapport « de cause à effet, entre ces forces et l'accident; celui qui met en « jeu ces forces-là est responsable des accidents survenus dans leur « champ d'activité, à moins qu'il ne dégage, lui défendeur, sa responsabilité par une preuve stricte et positive.

« Eh bien, dans l'acte sexuel, l'homme met en jeu la force la « plus puissante de la nature organisée, il met en jeu la vie même ! « et son acte peut avoir pour conséquence immédiate la naissance « d'un être humain. Or, comme on ne saurait exiger une preuve « stricte de la causalité d'un acte sexuel, rien n'est plus simple, ni « plus juste que de remplacer la preuve de cette causalité par le « risque général de ces actes...³⁾ »

La loi peut donc, en application d'un principe aujourd'hui familier, permettre à l'enfant naturel de dire à celui que sa mère désigne comme ayant eu avec elle des relations intimes pendant la période de conception : « Je ne puis prouver que vous êtes mon

¹⁾ Alex. Weill, p. 123.

²⁾ Dans l'étude présentée à la Société suisse des juristes, à la réunion de Neuchâtel, les 1 et 2 octobre 1888.

³⁾ Zeitschrift für schweizerisches Recht, VII, 574, N. S. (29, A. S.).

père ; mais je prouve que vous avez fait tout ce qu'il dépendait de vous pour l'être, conséquemment vous me devez des aliments. » Tandis que pour constater l'existence d'un lien d'état-civil, la certitude absolue est nécessaire, *le risque* suffit pour créer une simple obligation alimentaire, car, il ne faut pas l'oublier, la prestation du père présumé ne saurait être envisagée comme des dommages-intérêts.

Pour arriver à la détermination de cette responsabilité, l'enfant peut avoir recours à tous les moyens de preuve ordinaires. Le défendeur, de son côté, peut établir, par d'autres témoins ou documents, le mal fondé de la première preuve. Parmi ces contre-preuves, l'*exceptio plurium concumbentium* est sûrement la plus importante. M. Mentha reproduit, à cette occasion, une assez ingénieuse théorie ¹⁾.

Quand une femme a eu des relations coupables avec plusieurs hommes, la paternité ne doit pas retomber sur l'un plutôt que sur l'autre. L'obligation alimentaire étant fondée sur la paternité probable, comme il y a plusieurs pères possibles, et qu'un seul néanmoins est le véritable, on ne peut condamner un seul des concubins, car on s'exposerait à faire payer l'innocent pour le coupable, et, d'un autre côté, on ne peut les condamner tous, puisqu'un seul est le père. Il faut donc, en présence de cette incertitude, repousser l'action alimentaire de l'enfant.

Si la mère est en état de subvenir seule à l'entretien de l'enfant, il ne souffrira aucun dommage : que lui importe d'être nourri, élevé, entretenu par son père ou par sa mère. Celle-ci, de son côté, ne peut se plaindre des charges qui lui incombent, puisque c'est par sa propre faute, en rendant incertaine la filiation de son enfant, qu'elle s'est privée de la ressource de pouvoir rechercher le père. Qu'elle supporte donc les conséquences de sa légèreté ! *Quid juris* si les moyens de la mère ne lui permettent pas de subvenir seule à l'entretien de l'enfant ? Il faut lui donner une action équivalente à celle qu'on lui refuse. Voici le raisonnement que l'enfant tiendra à son père : « Il m'est interdit de prouver que vous êtes mon auteur et, par conséquent, de vous obliger à me fournir des aliments ; mais vous

¹⁾ Elle se trouve dans le traité de Busch : Darstellung der Rechte geschwächter Frauenpersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger. Gottschalk paraît en être l'auteur.

avez commis une faute, dont moi, innocent, je pâtis. En cohabitant avec ma mère, vous avez rendu ma filiation incertaine; vous m'avez causé un dommage, sinon volontaire, du moins par négligence. Vous m'en devez la réparation. »

Ce raisonnement subtile ne tient pas debout : c'est la dette alimentaire qui reparait sous un autre nom; l'étiquette seule de l'action est changée. En effet, que répondra le père présumé : « Très bien, mais de deux choses l'une : ou vous êtes conçu de moi, et je vous dois, non pas une indemnité, mais des aliments, cela en vertu de la parenté qui nous unit l'un à l'autre; ou vous n'êtes pas conçu de moi et je ne vous dois rien, car la condition essentielle pour subir un préjudice, c'est d'exister et que vous n'existiez pas encore à l'époque de mes rapports avec votre mère. J'ai pu vous causer, il est vrai, un dommage; seulement, pour l'établir vous devez prouver que mes relations sexuelles sont postérieures à votre conception. Si ce point est établi, vous ne souffrirez plus aucun préjudice, puisque vous ne serez plus dans l'incertitude sur l'auteur de votre naissance et que cette incertitude est la seule cause de votre action. »

En autorisant l'*exceptio plurium concumbentium* on prive l'illicégitime de tout droit contre les divers *constupratores* de sa mère, et, d'un autre côté, la division de cette créance alimentaire en autant de parts qu'il y a de concubins, alors qu'un seul est le père, puisque la paternité est indivisible, ne répond pas à notre sentiment juridique. Il faut donc, ou refuser toute action alimentaire à l'enfant, en permettant l'*exceptio plurium concumbentium* ou l'accorder contre l'un des pères possibles, en interdisant cette même exception.

Le premier parti est celui qui est le plus généralement suivi. Cela ne veut pas dire qu'il soit le meilleur. Après avoir examiné le second, M. Mentha conclut que le législateur « peut très raisonnablement imposer la même obligation alimentaire à l'un quelconque des pères possibles de l'enfant, si la mère a eu plusieurs amants dans l'intervalle de la conception. »

« Mais quoi, dira-t-on, voilà plusieurs hommes contre chacun desquels la même présomption est applicable et vous permettez qu'on l'applique à un seul? Que devient l'équité? Pourquoi condamnez-vous celui-ci plutôt que celui-là, puisque tous sont identiquement dans la même situation? Ou condamnez-les tous, ou n'en condamnez aucun. »

« Sans doute, si l'on ne considère que les amants de la mère ;
« mais il faut, avant tout, considérer l'enfant, et entre ces deux
« injustices : laisser l'enfant sans ressources, parce que sa mère est
« peu intéressante, ou laisser retomber la paternité sur un seul des
« amants, quoique les autres s'y soient aussi exposés, la deuxième
« me paraît la moindre... ¹⁾ »

L'assemblée des Juristes suisses, invitée, après la lecture du rapport de M. Mentha et la discussion, à exprimer sa manière de voir, dans une résolution, vota la suivante : « dass in einem künftigen schweizerischen Civilgesetzbuch, unter gewissen sichernden Einschränkungen, die Vaterschaftsklage zuzulassen sei ²⁾. » Nous verrons plus tard ce qu'il est advenu de ce vœu.

Une autorité autrement compétente que moi, répond ainsi à ma première question et du même coup fait tomber la seconde.

La preuve de la paternité est possible et les objections tirées de l'ordre public ne sont pas insurmontables, je crois l'avoir suffisamment démontré. La conséquence logique et naturelle de cette démonstration s'en dégage clairement : la recherche de la paternité s'impose ; l'interdire, c'est violer le droit le plus sacré de l'enfant, et je suis, sur ce point, de l'avis de Jules Favre : « S'il est une loi qui m'a paru la honte de la civilisation, c'est celle qui interdit la recherche

¹⁾ Zeitschrift f. schw. Recht, N. S., VII, p. 582.

M. Iselin, co-rapporteur, ne fut pas entièrement d'accord avec M. Mentha ; il déposa un certain nombre de thèses, dont la sixième porte : « Die *exceptio plurium*... ist zuzulassen. » Tous les orateurs qui prirent part à la discussion se prononcèrent en faveur de l'*exceptio plurium*... M. le professeur Martin résuma en quelques mots l'opinion générale. Pour résoudre avec justice la question de la recherche en paternité, il faut, autant que possible, se garder des théories inflexibles. Entre l'admissibilité absolue et l'interdiction formelle, il y a un système intermédiaire, qui consiste à entourer l'action de garanties sérieuses. Il se montre partisan de ce système qu'il désirerait voir consacrer dans la législation fédérale. Quant au principe d'après lequel on permet à l'enfant naturel non reconnu de réclamer des aliments à son père présumé, sans lui accorder l'action en paternité, il doit être repoussé, comme illogique et contradictoire. Sur quelle base repose un jugement qui condamne un homme à fournir des aliments au demandeur ? sur l'idée que cet homme est le père. De deux choses l'une : ou la preuve est incomplète, et alors on ne peut pas condamner le défendeur à fournir des aliments ; ou elle est parfaite, et alors il faut aller plus loin et décider qu'un lien de filiation, qu'une parenté civile existe entre les deux parties en cause.

²⁾ Zeitschrift f. schw. Recht, N. S., VII, p. 616.

« de la paternité, qui met ainsi le sexe le plus faible à la discrétion
« du plus fort et permet à l'homme de chasser celle qu'il a séduite,
« avec le fruit de ses entrailles ¹⁾. »

Au surplus, je ne suis pas seul à partager l'opinion de l'admissibilité de la recherche en paternité ; pour se convaincre de ce droit de l'enfant naturel, qui, me semble-t-il, saute aux yeux, il suffit de jeter un coup d'œil sur ce qui se passe autour de nous dans les Etats voisins. Partout on retrouve les mêmes aspirations, les mêmes desirs de secouer le joug d'un principe injuste et inhumain.

En Allemagne même, où la question n'est cependant pas posée, puisque la recherche est autorisée, le Juristentag, en 1862 et 1863, se montra pleinement favorable à une motion tendant à permettre la recherche en paternité, avec quelques limites.

Plus récemment, le Congrès international de la Protection de l'Enfance se prononça nettement en faveur « d'une action à accorder
« à l'enfant contre le père naturel, à la condition que la mère ne mène
« pas une vie dissolue, ou que le père ne sache pas que la mère
« avait, à la même époque, des relations avec d'autres que lui. »

Mais c'est en France que se manifeste le courant le plus fort contre l'interdiction de la recherche. J'ai esquissé précédemment la manière ingénieuse dont la pratique avait su corriger la rigueur de l'art. 340. Cette Jurisprudence n'aurait certes pas osé s'affirmer si catégoriquement, sans l'appui qu'elle savait trouver dans l'opinion publique, et sans la campagne vigoureuse menée par quelques hommes de valeur.

En 1819 déjà, un Doyen de la Faculté de Droit de Paris, Delvincourt, enseignait que « la recherche de la paternité est une sauve-
« garde pour les mœurs ²⁾ » et Valette, dans ses « *Notes sur Proudhon* » écrit : « La règle de l'art. 340 ne peut avoir aucune influence pour
« détourner l'homme du commerce illicite. Bien loin de là, cette
« règle doit avoir, comme l'expérience le prouve, un résultat entiè-
« rement opposé ³⁾. »

« Est-ce que cette flagrante inégalité, disait Emile de Girardin,
« peut longtemps subsister, là où l'égalité politique a triomphé ?
« L'esclave a conquis sa liberté, est-ce que le bâtard ne finira pas par

¹⁾ Aff. Armand (Le Droit, 26 mars 1864.

²⁾ Cours de Code civil, I, 387.

³⁾ De l'état des personnes, 3^{me} édit., 1848, II, 131.

« conquérir l'égalité ? L'enfant innocent a-t-il moins de droit, que « le père coupable, à la Justice de la Société ¹⁾. »

Ahrens, dans son *Cours de droit naturel*, combat énergiquement l'art. 340, qui est, selon lui, « une violation flagrante d'un principe « de justice envers la mère, comme envers l'enfant, car elle affran-
« chit le père de l'obligation naturelle de pourvoir à la subsistance
« et à l'éducation de son enfant et à l'alimentation de la mère, aussi
« longtemps qu'elle se trouve hors d'état d'y pourvoir elle-même ²⁾. »

E. Acollas, dans une brochure célèbre ³⁾ s'éleva avec force contre le maintien dans le Code civil de l'art. 340. Après avoir montré tout ce qu'il y a d'inhumain et d'illogique dans cette prohibition, il dépeint avec chaleur l'impérieuse nécessité d'une réforme immédiate et termine par un Projet de loi donnant un corps à ses réclamations. L'art. 1 dit : « Tous les enfants ont droit à être reconnus par
« leurs père et mère, et à ce défaut par leurs ascendants plus éloignés. » Il met les illégitimes au bénéfice de tous les moyens de preuve dont le Code dispose. « L'enfant, dit-il, a le premier de tous
« les droits, le droit à être développé, à devenir un homme, une
« conscience, une liberté responsable. Ce droit, l'enfant l'a d'abord
« vis-à-vis de ceux de qui il procède immédiatement ; à défaut de
« ceux-là, et graduellement, vis-à-vis de ceux de qui il tire son origine ; à défaut des uns et des autres, vis-à-vis de la collectivité
« sociale. »

M. Baret, dans un mémoire présenté à la Faculté de Droit de Paris ⁴⁾, demande que les réformes portent sur trois points : 1° que la possession d'état rende admissible la preuve de la paternité ; 2° l'assimilation du viol à l'enlèvement ; 3° l'autorisation de la recherche dans le cas de séduction par promesses de mariage, quand il existe un commencement de preuve par écrit.

M. Jacquier réclama, dans un ouvrage qui fit grand bruit ⁵⁾, la suppression de l'art. 340, et posa en principe que la simple « séduction » sans grossesse peut donner lieu à une action en dommages-intérêts, basée sur l'art. 1382.

¹⁾ Questions philosophiques.

²⁾ Cours de Droit naturel, II, 296.

³⁾ Le droit de l'enfant né hors mariage. Paris 1870.

⁴⁾ Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger, Paris, 1872.

⁵⁾ Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle, Paris, 1874.

M. Legoyt, membre distingué de la Société internationale des études pratiques d'économie sociale, écrivait à la même époque ¹⁾ ce qui suit : « Si le droit de rechercher la paternité ne nous paraît pas « de nature à prévenir la séduction, il peut en atténuer sensiblement « les conséquences douloureuses pour la mère et pour l'enfant, en « obligeant le séducteur, conformément à la plus rigoureuse équité, « à réparer, dans la mesure de sa fortune, le tort souvent immense « qu'il leur a fait à tous deux et le préjudice moral qu'il a causé à « toute une famille. Il est même à croire que souvent la crainte d'un « scandale qui rejaillirait également sur lui d'un procès de cette « nature, le déterminerait soit à épouser sa victime, soit à recon- « naître l'enfant, soit à leur assurer spontanément des moyens « d'existence. »

M. Albert Millet, dans un livre connu, « *La Séduction* » ²⁾, veut que l'on autorise la recherche en paternité, dans les cas de viol et de rapt sans violences, comme aussi dans ceux de séduction frauduleuse. « Autrefois, on punissait trop sévèrement le séducteur ; « maintenant, on favorise ses entreprises. » Et il invoque l'Arrêt de la Cour de Cassation du 29 juillet 1864 qui a établi que « la séduc- « tion peut être considérée comme un quasi-délit, susceptible de « servir de base à une action en dommages-intérêts. »

M. Fochier, avocat-général, dans un discours prononcé le 3 novembre 1880, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Lyon, adopte également le projet Jacquier, tout en repoussant l'admissibilité du serment supplétoire de la fille-mère. « Cette réforme s'impose, disait-il, par une logique impérieuse à une société démocratique. » MM. de Jonquières ³⁾, Morelot ⁴⁾, Stéphane Berge ⁵⁾, Amiable ⁶⁾, Blanchon ⁷⁾, Borel ⁸⁾ soutinrent les mêmes opinions et furent unanimes à condamner le rigorisme excessif et immoral de l'art. 340.

¹⁾ Le *Correspondant*, n° du 1^{er} février 1874.

²⁾ Paru en 1876.

³⁾ La filiation en droit romain et la recherche de la paternité en droit français. Thèse de doctorat.

⁴⁾ Traité sur la reconnaissance des enfants illégitimes p. 336.

⁵⁾ *Revue générale du droit et de la législation*, juillet-août, 1878, p. 424.

⁶⁾ De la preuve de la paternité hors mariage. 1885.

⁷⁾ De la preuve de la filiation des enfants naturels en droit français.

⁸⁾ Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger, 1892.

A côté de ces travaux nombreux et des réformes proposées par les auteurs que je viens d'énumérer brièvement, il faut, pour compléter cet exposé, retracer à grands traits le mouvement législatif qui en est résulté.

Le 16 février 1878, MM. Béranger, de Bel-Castel, Foucher de Carcil et Schoelcher, sénateurs, déposèrent sur le bureau du Président du Luxembourg un « Projet de loi relative à la recherche de la « paternité ¹⁾. » Un remarquable exposé des motifs y était annexé. Prise en considération le 5 avril 1879, cette proposition fut renvoyée à une commission spéciale, qui, après avoir attendu cinq ans avant de se réunir, la rejeta dès sa première séance. Le Sénat ne laissa même pas aborder le fond et par un vote préalable, ensuite du rapport défavorable de M. Cazot, le Projet fut repoussé par 174 voix contre 60.

Quelques années plus tard, M. Ed. de Gavardie, sénateur des Landes, déclara vouloir reprendre le Projet Béranger, en l'amençant ²⁾. Le 11 décembre 1883, il exposa les arguments indiscutables qui militent en faveur de la suppression de l'art. 340, arguments auxquels du reste le rapporteur Cazot n'avait pas répondu. Il fut à peine écouté, et, un premier vote étrangla le débat.

Cette tentative infructueuse n'en fait pas moins époque dans les annales de la réforme, car d'autres, depuis, ont suivi cette même voie, notamment M. Lacointa, ancien Procureur-général près la Cour de Cassation ³⁾.

Le 26 mai 1889, M. Gustave Rivet, député, déposait sur le bureau de la Chambre une proposition demandant l'abolition pure et simple de l'art. 340 ⁴⁾. Ce projet, favorablement accueilli par le rapporteur, M. Germain Casse, devint caduc à la fin de la législature et ne fut pas repris.

En 1892, le même M. Rivet fit un nouvel effort : il demeura aussi vain et inutile que le premier.

Dans sa séance du 18 mars 1895, le Sénat eut à s'occuper du projet de loi, présenté par MM. Letellier, Jullien et Rivet en 1890, adopté par la Chambre, le 11 mai 1893, ainsi que d'un contre-projet

¹⁾ Voir l'Appendice, p. 159.

²⁾ Le texte n'en a jamais été publié.

³⁾ Congrès d'Economie politique de 1889, séance du 15 juin. Voir la *Réforme sociale*, 2^{me} série, VIII, 264.

⁴⁾ Voir l'Appendice, p. 160.

élaboré par MM. Demôle et Tolain, sénateurs ; ce projet ne nous concerne que très indirectement, puisqu'il vise les droits successoraux des enfants naturels, mais la discussion à laquelle il donna lieu nous intéresse, par le fait que le principe de l'art. 340 fut remis sur le tapis, attaqué et défendu par des orateurs distingués tels que MM. Trarieux, garde des sceaux et Dauphin, rapporteur. M. Demôle, dans un remarquable discours, présenta très exactement l'état actuel de la question en France. Un passage mérite d'être cité : « Un mal
« existe, qui grandit sans cesse sous nos yeux, c'est l'existence, avec
« ses effets inhérents à notre législation, de nombreux enfants illé-
« gitimes. Le Code civil a voulu réglementer cette matière de façon
« à limiter le trouble que pouvait amener dans notre société la pré-
« sence de cet élément irrégulier. Le législateur a cru pouvoir attein-
« dre la faute des parents, en soumettant leurs enfants naturels à
« un régime légal extrêmement sévère. Malheureusement le but a été
« manqué ; au lieu d'atténuer, au moins en partie, les conséquences
« d'une situation fausse qu'il n'a pu supprimer, le législateur les
« a aggravées en creusant un fossé infranchissable entre ce qui est
« régulier et ce qui ne l'est pas.

« Le spectacle que nous présente la mise en œuvre de ce prin-
« cipe détestable dans notre législation, est bien fait pour affliger
« tous les esprits justes. Les enfants naturels sont mis, pour ainsi
« dire, au ban de la société, en punition de la faute commise par
« leurs parents, alors que cependant personne ne méconnaît cette
« vérité fondamentale de la morale, que chacun n'est et ne peut être
« responsable que de son fait. Il importe de rechercher de quelle ma-
« nière il peut être possible de concilier la protection qui est due au
« mariage et à la famille légitime, avec le grand principe de justice
« qui veut que tous les enfants issus d'un même père aient des droits
« égaux... ¹⁾ »

Enfin, voici le texte finalement adopté par la commission spéciale de la Chambre chargée d'étudier les diverses propositions relatives à la recherche de la paternité faites par MM. Gustave Rivet et Groussier :

Article premier. — La recherche de la paternité est interdite.

Cependant la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ;

¹⁾ *Journal officiel*, n° du 19 mars 1895.

1° Dans le cas de rapt, d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque du rapt, de l'enlèvement ou du viol, légalement constatée, se rapportera à celle de la conception ;

2° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles, à une époque contemporaine de la conception et s'il existe un commencement de preuve par écrit, susceptible de rendre admissible la preuve par témoins.

Art. 2. — L'action en recherche de la paternité est également recevable :

1° S'il existe des lettres, missives ou quelque autre écrit privé signés par le père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité au profit de l'enfant ;

2° S'il y a eu cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère, pendant la période légale de conception, et s'il est établi que le père prétendu a pourvu d'une façon régulière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Art. 3. — L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable :

1° S'il est établi que, pendant la période légale de conception, la mère a eu commerce avec un autre individu ou si elle est d'une inconduite notoire ;

2° Si le demandeur était lui-même dans l'impossibilité physique d'être père de l'enfant ;

3° Si le père prétendu était marié à l'époque de la conception.

Art. 4. — L'action en recherche de paternité n'appartient qu'à l'enfant. Elle doit être introduite par la mère au nom de l'enfant et, à son défaut, par un tuteur *ad hoc* nommé par le tribunal, à la requête du procureur de la République.

La mère ne pourra exercer contre son séducteur, en son propre nom, que l'action en indemnité basée sur l'art. 1382 du Code civil.

Art. 5. — L'action doit être intentée, à peine de déchéance, dans l'année qui suit l'accouchement.

Toutefois, l'assignation pourra être donnée, après l'expiration de ladite année, si le père prétendu a contribué à l'entretien de l'enfant et si l'union de fait a subsisté entre lui et la mère. La prescription n'est alors acquise qu'un an après la rupture des relations, et, au plus tard, un an après la majorité de l'enfant.

S'il appert que le procès a été intenté de mauvaise foi, le demandeur sera puni des peines édictées par l'art. 400, paragraphe 2 du Code pénal, et les juges devront prononcer contre lui l'interdiction du séjour ¹⁾.

Je ne prétends pas examiner aujourd'hui le détail des réformes proposées par M. J. Goujon, député de la Seine-Inférieure, au nom de la commission, mais cependant, ce qui semble devoir être retenu dès à présent, c'est que, s'il n'est pas question d'ouvrir un champ d'opération illimité à la recherche de la paternité et si l'on se préoccupe, au contraire, d'empêcher les scandales gratuits et les tentatives de chantage, un pas important vient d'être fait dans la voie qui aboutira nécessairement, sinon à abroger, du moins à atténuer l'inflexible interdiction inscrite au Code civil. La France est, ou peu s'en faut, le seul pays civilisé où la recherche de la paternité soit encore proscrite. Oserait-on soutenir qu'elle se distingue par un respect exceptionnel de la famille, et ses économistes ne déplorent-ils pas, au contraire, la décroissance constante du chiffre des mariages et de la natalité?

Quant à l'argument tiré de la morale, c'est aujourd'hui un anachronisme. Il est beau, sans doute, de célébrer la sainteté du mariage; il est bon de lui conserver sa supériorité, mais, ces unions irrégulières, les a-t-on empêchées? Dès lors, tout en continuant à les tenir pour regrettables et immorales, il faut socialement accepter leur existence, et la seule méthode raisonnable consiste à s'efforcer de les rendre le moins nuisibles possible.

Dans le régime français actuel, le père naturel peut abandonner son enfant. Qu'en résulte-t-il? La mère, rarement en mesure de subvenir par ses seuls moyens à l'entretien de l'enfant, réduite à la misère, n'a que deux ressources : l'infanticide ou l'Assistance publique. L'infanticide, corollaire de l'art. 340; l'Assistance publique, qui a bien d'autres misères plus intéressantes à soulager et dont la mission n'est pas de faire l'aumône à un viveur, en lui permettant une économie.

Si l'on écarte l'argument de moralité, respectable assurément, mais qui méconnaît l'état réel des mœurs, il ne reste, pour combattre la recherche de la paternité, que la peur des responsabilités pécuniaires et morales, c'est-à-dire l'avarice et l'égoïsme. Les esprits

¹⁾ *Le Temps*, n° du 26 juin 1897.

les moins suspects se sont aperçus de la bassesse et de l'inhumanité de ces sentiments. On a vu, par divers incidents récents, quelques-uns de ces séducteurs trop rapaces sévèrement admonestés par le Président du tribunal et hués par l'auditoire. Légalement ils n'étaient que des témoins, ils furent, moralement, des condamnés.

L'aperçu succinct que j'é viens de donner des nouvelles tendances et du mouvement révisionniste toujours croissant qui se manifestent, en France, en faveur d'une modification de l'art. 340 et de l'introduction prudente, moyennant certaines garanties, du principe de la recherche en paternité, suffirait à la rigueur pour asseoir, d'une manière inébranlable, l'opinion que j'émettais en commençant, et dissiper les derniers scrupules ; mais mon travail serait incomplet si je passais sous silence deux documents qui ont vu le jour dans un pays de droit français, la Belgique, et si, ne pouvant les discuter à fond et entrer dans tous leurs détails, je n'en esquissais au moins les grandes lignes.

L'un sort de la plume de M. Laurent, professeur à l'Université de Gand ; l'autre est l'œuvre de M. van Berchem, conseiller à la Cour de cassation belge ¹⁾.

M. Laurent n'autorise la recherche en paternité qu'exceptionnellement, dans les cas de viol, d'enlèvement, de promesse de mariage ou de séduction lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Quant aux droits résultant de la filiation naturelle, l'enfant prend le nom et se rattache à la famille de celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est constatée. Les devoirs de nourriture, d'entretien et d'éducation sont les mêmes que ceux dérivant de la parenté légitime. Tout en approuvant l'esprit dans lequel le projet est rédigé, certaines restrictions étonnent. Dans l'art. 319, par exemple, l'auteur ne s'occupe pas du cas, important cependant, où le père et la mère ont vécu ensemble plusieurs années, pour admettre une présomption légale de paternité. Ce projet doit être considéré comme abandonné. La Commission de révision du Code civil, officiellement responsable de la tâche de la rédaction d'un Avant-Projet, a élaboré un autre texte, dont la partie spéciale qui nous occupe est due à M. van Berchem.

Ce jurisconsulte a été plus libéral que M. Laurent. Il permet à l'enfant naturel de rechercher son père en cas d'aveu résultant

¹⁾ Voir l'Appendice, p. 160 et 161.

d'actes ou écrits émanés du prétendu auteur; si ce dernier a été condamné du chef d'enlèvement, d'arrestation, de détention, de séquestration arbitraires, de viol ou d'attentat à la pudeur consommé sans violence sur une jeune fille de moins de 14 ans; s'il y a séduction par promesse de mariage, abus d'autorité ou manœuvres frauduleuses. Le Juge, après avoir constaté l'existence des conditions requises, décide si l'enfant a pour père celui qu'il désigne. Les parents à l'égard desquels la filiation est légalement constatée sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever l'enfant. Le projet n'admet pas la possession d'état comme preuve complète, ce qui me paraît un tort, car c'est la plus évidente des reconnaissances. Il n'admet pas non plus le concubinage, ni comme présomption légale, ni même comme autorisant la preuve par témoins; ce qui est une faute, car, prolongé et constaté, le concubinage fournit une preuve moralement certaine de la filiation. La dette ainsi contractée n'est pas seulement alimentaire, c'est le devoir d'élever l'enfant, obligation beaucoup plus étendue puisqu'elle s'applique aux descendants et au conjoint.

De nombreuses modifications ont été apportées au travail de M. van Berchem. Je n'en ferai pas l'historique; je me bornerai à dire que le dernier état de la question est très nettement reproduit dans le projet déposé, le 23 juillet 1893, à la Chambre des Représentants par M. Lejeune. Devenu caduc, à la suite de la dissolution des Chambres, ce projet vient d'être repris, sans modifications, par le ministre actuel, M. Bergerem ¹⁾.

Ces preuves nombreuses sont-elles encore insuffisantes pour justifier la recherche de la paternité et montrer que non-seulement elle est possible, mais que dans tous les pays où règne le système prohibitif français, elle est ardemment désirée et que partout on cherche à renverser un principe aussi odieux que cruel? En faut-il d'autres? Il m'est facile d'en trouver. Pour cela, je n'ai qu'à consulter le monument grandiose que vient d'élever la science juridique allemande, le «*Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*», voté récemment en dernière lecture et qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Il résume tout ce qui a été dit et fait en cette matière et consacre une fois de plus l'opinion que je défends.

L'enfant naturel entre dans la famille de sa mère; il a, vis-à-vis

¹⁾ Séance du 16 novembre 1894. Voir Appendice, p. 162.

d'elle et de ses parents, la même situation et jouit des mêmes droits que le légitime ¹⁾).

La recherche de la paternité est formellement permise. La loi fait découler de la preuve de ce fait des obligations nombreuses pour le père naturel : il doit assurer à son enfant (cela jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 16 ans révolus) les soins nécessaires à son existence et un entretien matériel en rapport avec la situation de la demanderesse ; pourvoir aux frais occasionnés par l'éducation intellectuelle et morale de l'illégitime, par l'apprentissage d'un métier qui lui permette de gagner lui-même sa vie. L'enfant, arrivé à cet âge de 16 ans accomplis, ne peut-il, par un motif grave, maladie, faiblesse de corps ou pauvreté d'esprit, subvenir à ses besoins, la pension alimentaire continue à être due comme par le passé ²⁾). L'obligation du père naturel est primaire, c'est-à-dire qu'il tenu avant la mère et les parents maternels ³⁾).

Le principe posé, le Code allemand passe à la manière dont cet entretien doit être fourni ⁴⁾ et dont cette obligation s'éteint ⁵⁾). Quant à savoir qui est le père, le § 1717 résout nettement la question : Est réputé père d'un enfant naturel celui qui a cohabité avec la mère pendant l'époque de conception, c'est-à-dire entre le 181^{me} et le 302^{me} jour avant la naissance à moins que pendant cette période, elle n'ait eu des relations intimes avec un autre homme. Si, d'après les circonstances, la conception de l'enfant, par suite de la cohabitation indiquée, est évidemment impossible, il n'en est pas tenu compte et l'action est repoussée.

Le système du Code allemand est le fruit de longs et très remarquables travaux résumés en partie dans les «Motive». Ces derniers traitent de main de maître la question de la recherche de la paternité ; ils finissent par reconnaître, après l'avoir examinée sous toutes ses faces, que le principe en vigueur dans le droit commun germanique actuel doit l'emporter sur celui du droit français et que, des diverses théories préconisées par les auteurs pour expliquer cette obligation du père, celle de la paternité est vraiment la seule sur laquelle on puisse asseoir en toute sécurité la créance alimentaire

¹⁾ §§ 1705, 1706 et 1707.

²⁾ § 1708. Appendice p. 163 et 164.

³⁾ § 1709.

⁴⁾ §§ 1710, 1711.

⁵⁾ §§ 1712, 1713 et 1714.

de l'enfant naturel. Je pourrais multiplier les citations sur ce point; deux seules me suffiront : « Das durch die Zeugung zwischen dem « unehelichen Vater und dem unehelichen Kinde geknüpfte natürliche Band der Verwandtschaft bringt,... familienrechtliche Beziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater « anzuerkennen, doch die natürliche und sittliche Pflicht für den « unehelichen Vater mit sich, für den Unterhalt des Kindes zu « sorgen. Der Anerkennung dieser Unterhaltspflicht kann das « Recht sich nicht entziehen, ohne mit den Gesetzen der Natur « und dem Sittengesetze in Widerspruch zu gerathen.¹⁾ », et plus loin encore : « Der Entwurf stützt die hier fragliche Unterhaltspflicht auf die wirkliche Vaterschaft und daher als eine « familienrechtliche aus dem Status des Kindes sich ergebende « Verbindlichkeit behandelt...²⁾ ». Puis pour ne laisser subsister aucun doute sur la nature juridique de l'action accordée à l'enfant naturel, pour bien faire voir que c'est la parenté naturelle créée par la procréation qui est le fondement de la créance alimentaire, le législateur se sert du mot : « Vater », père, de préférence aux autres termes, « Erzeuger, Schwangerer, » etc., parce que cette expression correspond mieux au principe adopté et à la pensée qu'il s'agit ici, en ce qui touche la prétention de l'illégitime, d'une exception à la règle posée plus haut, que la filiation naturelle ne crée pas entre le père et l'enfant un rapport de parenté.

La créance alimentaire appartient à l'enfant et à lui seul³⁾; ses descendants en sont privés⁴⁾; mais, par contre, la dette passe aux héritiers du père⁵⁾. La réciprocité n'existe pas, comme dans la filiation légitime⁶⁾. L'action doit être intentée par le tuteur; elle ne peut l'être par la mère que si elle a été nommée tutrice; elle agit alors en qualité de représentant légal de son enfant, et non point en son propre nom. Cela est logique. Il n'est nullement indispensable d'accorder à la mère par exception aux règles ordinaires, soit dans certains cas déterminés, soit sous certaines conditions, la

¹⁾ Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, vol. IV, p. 868.

²⁾ Motive, vol. IV, p. 874.

³⁾ Motive, vol. IV, 875, n° 3.

⁴⁾ Motive, vol. IV, 879, n° 6.

⁵⁾ Code civil allemand, § 1712. Appendice p. 164.

⁶⁾ Motive, vol. IV, 879, n° 7.

représentation légale de l'enfant, même quand cela serait dans le but louable de faciliter la preuve et d'éviter des jugements injustes. Tant que dans un procès entre le tuteur et le père-présumé au sujet des aliments à fournir à l'enfant, la mère ne pouvait être entendue comme témoin, ni prêter serment, il était de l'intérêt de l'enfant que l'action puisse être intentée par la mère, soit en son nom, soit comme représentant l'enfant; mais aujourd'hui cette manière de voir a considérablement perdu de sa valeur depuis la promulgation du Code de procédure impérial dont l'art. 358 autorise la mère à répondre comme témoin et éventuellement à prêter serment.

Quid juris des adultérins et des incestueux? Le Code accordant à chaque enfant illégitime, indistinctement, une créance alimentaire contre son père, il en résulte qu'aussi longtemps que l'illégitimité d'un enfant né d'une femme mariée n'est pas prouvée, l'action alimentaire est interdite¹⁾.

Le Code civil allemand a suivi l'exemple de la jurisprudence²⁾ et de différentes législations³⁾; il ne se borne pas à accorder à l'enfant naturel une action contre son père, il force ce dernier à indemniser équitablement la mère des frais de couches et des dépenses qu'elle a faites pour son entretien personnel pendant les six semaines qui suivent l'accouchement. Le montant de ces frais peut être réclamé sans avoir égard à la dépense réelle. La prétention exigible, alors même que le père serait décédé ou que l'enfant serait mort-né, se prescrit par 4 ans, dès l'expiration des 6 semaines qui suivent les couches⁴⁾.

Relativement à l'*exceptio plurium concumbentium*, les rédacteurs du Projet se sont conformés au vœu formulé par le Juristentag de 1863; ils l'ont admise. Voici l'opinion des « Motive » à ce sujet : Comme l'on ne trouve de base logique à l'obligation alimentaire du père naturel, que dans le lien consanguinal établi entre le père et l'enfant par la procréation, et que le Projet ramène cette obligation à la paternité et la lui donne expressément pour fondement, il n'est pas douteux dès lors, que le fait de la cohabitation de la mère avec plusieurs hommes, pendant l'époque critique, ne soit très

¹⁾ Motive, vol. IV, 877, n° 4.

²⁾ Seuffert, IV, 255; V, 290; XIV, 40, note 2; XXVII, 233, 261.

³⁾ Loi prussienne du 24 avril 1854, §§ 7-11, 15-20; Code civil autrichien, § 1328; Code civil saxon, §§ 1858, 1861.

⁴⁾ Code civil allemand, § 1715. Appendice p. 164.

important. « Das die Grundlage der Unterhaltspflicht bildende « natürliche Verhältniss zwischen dem Kinde und dem Konkumbenten, ist in einem solchen Falle nicht feststellbar und deshalb « für das Recht nicht vorhanden¹⁾. »

On peut, sans doute, invoquer des considérations d'opportunité pour repousser cette exception, mais il faut se garder des exagérations. Le danger réside, non pas dans le fait que quelques illégitimes ne pourront actionner leurs auteurs présumés, mais dans l'augmentation toujours croissante du nombre des enfants naturels. De plus, il est foncièrement injuste de charger de l'entretien d'un enfant un individu qui, en réalité, n'en est pas le père, dont la paternité est douteuse, incertaine, puisqu'il est établi que d'autres hommes ont cohabité avec la mère, pendant l'époque critique. Prohiber l'*exceptio plurium concumbentium*, c'est favoriser l'immoralité, protéger l'inconduite, encourager le chantage. La femme qui est tombée une première fois se livrera à plusieurs, pour améliorer sa situation et pour pouvoir choisir celui de ses amants qui lui paraît le plus solvable. L'*exceptio plurium*... s'impose; elle est un moyen terme entre le principe du droit commun, trop général, et le système français, trop absolu²⁾.

Le mouvement réformateur qui se manifeste d'une façon si énergique en France et auquel le Code civil allemand donne une large satisfaction, s'est fait sentir également dans notre petite République.

Le 22 mai 1895, MM. les députés Morard, Villet, Currat et Favre ont déposé sur le bureau du Grand Conseil la motion suivante : « Les soussignés prient le Grand Conseil de procéder à la « révision de la loi de 1871 sur les enfants naturels, dans le sens de « la possibilité de la recherche de la paternité; 1° de la modification « de l'état-civil de l'illégitime en cas de multiples droits de bourgeoisie de ses père et mère; 2° du droit successoral sur les biens « des parents des père et mère de l'illégitime. » Cette motion n'a pas encore été discutée; je ne puis qu'applaudir à leur heureuse initiative et souhaiter que leur proposition trouve un accueil favorable auprès de l'autorité législative fribourgeoise.

Ce printemps, le Comité des Dames de l'association, « la Fédé-

¹⁾ Motive, vol. IV, 885.

²⁾ Motive, vol. IV, 887.

ration pour le relèvement moral de la Chaux-de-Fonds », a commencé, dans le *National suisse*, une campagne en faveur de la recherche de la paternité, qui est actuellement interdite, aux termes de l'art. 246 du Code civil neuchâtelois. Ce comité estime que, dès la naissance de l'enfant naturel, l'Etat a le devoir de rechercher le père, qu'il soit marié ou non ; il a la conviction que le nombre des unions irrégulières et des naissances illégitimes a augmenté dans les cantons où n'existe pas la recherche en paternité. L'action civile serait introduite par l'Etat devant le Tribunal compétent, sans que la fille-mère la réclame, c'est-à-dire d'office et au besoin contre son gré ¹⁾).

Enfin, le dernier argument que j'invoquerai en faveur de ma thèse ne sera pas le moins convaincant. Je veux parler du principe adopté dans l'œuvre de l'unification du droit civil en Suisse. L'auteur de l'Avant-Projet de Code civil, M. le prof. Dr E. Huber, à la gracieuse obligeance duquel je dois ces renseignements, prévoit et autorise la recherche de la paternité, à l'art. 332 ²⁾) : « La mère d'un enfant naturel est en droit d'actionner juridiquement le père qui refuse de le reconnaître. » La même action appartient à l'illégitime. Si le père vient à mourir avant l'expiration du délai légal ou pendant l'instance, l'action peut être intentée dans le même délai ou continuer contre les héritiers du défunt, s'il existe, de la part du père ³⁾), une promesse de mariage ou un aveu de sa paternité. Cette action qui se prescrit par 3 mois dès la naissance ⁴⁾) est à double effet : elle tendra, soit uniquement à une prestation pécuniaire, c'est-à-dire une pension alimentaire, soit en même temps à l'adjudication de l'enfant au père, avec toutes les suites légales de la reconnaissance forcée ⁵⁾).

L'action est-elle fondée ? le Tribunal condamnera le défendeur à des prestations pécuniaires, soit envers la mère, soit envers l'enfant : indemnité pour les frais de couches, à l'égard de la mère, réparation du tort grave qu'elle a souffert ; pension alimentaire à l'égard de l'enfant ⁶⁾).

¹⁾ *Le Confédéré*, n° du 12 avril 1896.

²⁾ Voir Appendice, p. 165.

³⁾ Projet de Code civil suisse, § 334.

⁴⁾ Projet de Code civil suisse, § 333.

⁵⁾ Projet de Code civil suisse, § 335.

⁶⁾ Projet de Code civil suisse, § 341. L'indemnité due à la mère doit

Quant à la seconde hypothèse, l'adjudication de l'illégitime au défendeur, elle ne peut se réaliser que moyennant certaines conditions: il faut qu'il y ait eu promesse de mariage; exceptionnellement cette adjudication a lieu aussi lorsque le père s'est rendu coupable envers la demanderesse de viol ou d'abus d'autorité ¹⁾. Le Projet admet non seulement l'*exceptio plurium concumbentium*, mais encore celle de vie dissolue « unzüchtige Lebenswandel ²⁾ ». »

Cet Avant-Projet n'a pas encore été présenté aux Chambres; toutefois, étant donné l'incontestable autorité de son Rédacteur et les travaux consciencieux de la Commission fédérale chargée de son élaboration, il est facile de prévoir l'accueil qui lui est réservé.

CONCLUSION

La conclusion de ce dernier chapitre, comme de ma thèse tout entière, découlent naturellement et logiquement, me semble-t-il, des pages qui précèdent; je dirai plus, elle s'impose: la preuve de la paternité étant possible, la recherche en doit être permise.

A l'appui de cette proposition, j'ai esquissé les tendances, les désirs, les vœux, en un mot tout le mouvement révisionniste intense qui se manifeste dans les pays de droit français, en faveur d'un changement de principe et de la recherche de la paternité. Partout on s'est rendu compte de l'iniquité de ce système absolu, de l'injustice criante qu'il y avait à priver un innocent d'une de ses prérogatives les plus sacrées; partout on cherche, avec une généreuse ardeur, à faire à l'illégitime la place à laquelle il peut prétendre, à laquelle il a droit dans notre Société moderne.

lui être accordée, alors même que l'enfant serait mort-né ou décédé avant le prononcé du jugement.

¹⁾ Projet de Code civil suisse, § 343.

²⁾ Projet de Code civil suisse, § 345.

La loi fribourgeoise de 1871 a voulu abolir la recherche de la paternité. Elle n'y est pas arrivée.

En effet, quelle preuve doit fournir la demanderesse pour être admise dans ses conclusions ? Elle doit prouver que le défendeur est « le père », c'est-à-dire qu'il a cohabité avec elle pendant l'époque critique et que l'enfant qu'elle porte dans son sein, ou qu'elle a mis au monde, est issu de cet acte. Qu'est-ce donc, si ce n'est la recherche de la paternité ? et puisque la loi permet, exige même la constatation de ce fait, ne doit-elle pas attacher à cette preuve toutes les conséquences logiques et légales qu'elle comporte, et non pas simplement une indemnité ? Si l'on prouve, et si le Juge admet, que j'ai procréé l'enfant, que je suis *son père*, il est puéril de venir me réclamer des dommages-intérêts parce que j'ai eu des relations avec cette femme, la mère. Sans doute, je dois venir en aide à cette dernière, contribuer à ses frais de couches et de baptême, à son entretien pendant sa convalescence, aux charges nouvelles qui vont peser sur elle, mais, à côté de ces devoirs, purement pécuniaires et matériels, si la preuve de la paternité est juridiquement faite, j'ai des obligations autrement grandes, autrement importantes et dont je ne puis me libérer par quelques pièces d'argent. J'ai donné volontairement la vie à cet enfant, je dois donc le nourrir, le vêtir, le soigner s'il est malade, l'élever, veiller à son éducation religieuse et morale, à son développement intellectuel ; je dois le mettre en état de subvenir lui-même à ses besoins, honnêtement, par son travail et son intelligence ; je dois, en un mot, le préparer au combat auquel je l'ai appelé, l'aguerrir, fortifier son corps et tremper son âme, mettre entre ses mains toutes les armes nécessaires à la lutte et à la victoire. Si je venais à les oublier, le législateur peut me rappeler toutes ces obligations, et si, par égoïsme, je cherchais à m'y soustraire, il a le devoir de me les imposer !

Au lieu de cela, qu'arrive-t-il ? on prouve qu'un homme a tiré du néant un être humain, qu'il lui a donné l'existence, on prouve que cet homme est « son père » et de cette preuve immense, qui devrait être si fertile en conséquences sociales, matérielles et juridiques, on ne fait découler qu'une... indemnité pour la mère ! En présence de la grandeur de l'effort et du mince résultat obtenu, on est tenté de dire avec le poète :

Desinat in piscem mulier formosa superne.

Je me résume et conclus.

1° L'action en dommages-intérêts accordée par la loi du 23 juin 1871, à la mère d'un enfant naturel n'est pas fondée sur la parenté, mais sur l'idée d'un délit commis envers la mère.

2° La solution donnée au problème de la créance alimentaire de l'enfant naturel par la dite loi n'est pas bonne ;

L'action prévue à l'art. 49 est illogique ;

Autorisant, indirectement il est vrai, la preuve de la paternité, le législateur devait aller plus loin et tirer de la constatation de ce fait *toutes* les conséquences civiles dont il est susceptible.

3° L'enfant a le droit de rechercher son père et il doit pouvoir l'exercer librement ;

Cette recherche doit être admise :

a) en cas de viol ou de rapt, lorsque ces faits coïncident avec la conception ;

b) en cas de séduction par promesse de mariage ;

c) en cas d'abus d'autorité, de violences, de manœuvres dolosives, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve écrite ou un concours de présomptions assez graves, pour permettre la preuve testimoniale ;

d) en cas de possession d'état.

4° L'enfant naturel dont la filiation est établie par un Jugement doit occuper, vis-à-vis de son père, la même situation légale que l'enfant volontairement reconnu.

APPENDICE

Projet de loi sur les enfants naturels, du 20 septembre 1850.

SECTION II

Constatation de la paternité.

Art. 20. — La recherche de la paternité est généralement interdite.

Art. 21. — Cependant, en cas de viol ou d'enlèvement, lorsque l'époque de ces faits coïncidera avec le temps de la conception, leur auteur pourra, sur la demande des parties intéressées, être déclaré père de l'enfant.

Art. 22. — La paternité ne peut être constatée que de deux manières :

- 1° par la reconnaissance volontaire du père, exprimée dans l'acte de naissance de l'enfant, ou postérieurement dans un acte notarié ;
- 2° par jugement, comme dans les deux cas prévus dans l'article précédent, et lorsque l'on prouvera que l'enfant, dont on ne peut reproduire l'acte de reconnaissance, a cependant été légalement reconnu.

Art. 28. — L'action de l'enfant, en paternité ou en maternité, est imprescriptible ; aucune transaction ne peut lui être opposée.

Art. 29. — Il n'y a d'action en paternité ou en maternité que de la part de l'enfant naturel ou de ses descendants.

L'action en paternité ne peut être fondée que sur une reconnaissance légalement exprimée, ou sur un jugement déjà intervenu, en cas de viol et d'enlèvement.

Celle en maternité peut être basée sur tous les moyens de droit.

Projets de loi sur les enfants naturels.

N° I. *Système mixte.*

SECTION II

Des enfants naturels qui suivent la condition de leur mère.

Art. 19. — Tous les enfants naturels suivent la condition de leur mère, à moins qu'ils n'aient été volontairement reconnus par leur père, qu'ils ne lui aient été attribués par jugement ou qu'ils ne soient au bénéfice de la légitimation.

.

SECTION III

Des enfants naturels qui suivent la condition de leur père.

Art. 23. — La mère d'un enfant naturel peut diriger contre celui qu'elle affirme en être le père une action en dommages-intérêts, mais uniquement pour l'obliger à contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Art. 24. — L'enfant naturel ne suit la condition de son père que lorsqu'il en a été reconnu volontairement, ou qu'il lui ait été attribué par Jugement

Art. 26. — La paternité peut être constatée par Jugement, lorsqu'il est prouvé que l'enfant dont on ne peut produire l'acte de reconnaissance a cependant été légalement reconnu.

Art. 27. — En cas de viol ou d'enlèvement, quand l'époque de ces faits coïncidera avec le temps de la conception, leur auteur pourra pareillement, sur la demande des parties intéressées, être déclaré le père de l'enfant.

Art. 28. — Hors les trois cas spéciaux mentionnés dans les deux articles précédents, la recherche de la paternité est absolument interdite, sans préjudice toutefois de l'action en dommages-intérêts réservée à la mère de l'enfant naturel ou à sa commune par l'art. 23 ci-dessus.

.

CHAPITRE 3.

De l'action en dommages-intérêts accordée à la mère d'un enfant naturel et à sa commune.

Art. 40. — La mère d'un enfant naturel peut faire condamner celui qu'elle prouve en être le père, à contribuer à son entretien et à son éducation.

Si elle n'exerce pas ce droit, sa commune peut l'exercer en son lieu et place.

Art. 41. — Pour déterminer le montant de cette part contributive, le Tribunal considérera la fortune et les ressources de l'accusé, ainsi que le degré d'importance des preuves fournies contre lui.

Art. 42. — Par le même jugement, le père de l'enfant naturel est de plus condamné à payer à la commune de celui-ci une indemnité de 50 à 500 fr., selon sa fortune ou ses ressources.

Toutefois, cette indemnité doit lui être restituée, si plus tard l'enfant venait à changer de bourgeoisie, par l'effet de la légitimation ou de la reconnaissance volontaire.

Art. 43. — L'action en dommages-intérêts, intentée par la mère d'un enfant naturel, est portée devant le Tribunal du lieu de son domicile.

Art. 44. — L'action doit être intentée dans les six mois qui suivent le jour de l'accouchement

Art. 48. — L'action en dommages-intérêts est inadmissible :

- 1° si la demanderesse n'a pas déclaré au syndic de sa commune sa grossesse et ses couches dans les délais prescrits par la loi ;
- 2° si elle a laissé écouler le délai légal pour intenter l'action ;
- 3° si elle n'est pas devenue enceinte dans le canton ;
- 4° si elle n'a pas été domiciliée légalement dans le canton durant les deux mois qui ont précédé l'accouchement ;
- 5° enfin si, étant étrangère à la Suisse, elle ne prouve pas que, dans son pays, une ressortissante fribourgeoise aurait le droit d'intenter une action semblable contre un indigène.

.

Art. 50. — La plainte doit être rejetée :

- 1° lorsque le défendeur prouve qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'être l'auteur de la grossesse au lieu et à l'époque désignés ;
- 2° qu'il n'avait pas 17 ans le jour de la naissance de l'enfant, et que la mère était déjà majeure ;
- 3° qu'il se trouvait au temps de la conception dans l'impossibilité légale de contracter mariage avec la demanderesse, et que celle-ci en avait pleine connaissance ;
- 4° quand il prouve que la demanderesse mène une vie dissolue ;
- 5° qu'elle a déjà mis au monde deux enfants naturels ;
- 6° qu'il a été prononcé contre elle un jugement en divorce ou en séparation de corps, pour cause d'adultère ;
- 7° qu'elle a été condamnée à une peine criminelle ;
- 8° enfin, quand elle a varié dans ses déclarations concernant le père.

Cependant, si le défendeur s'était rendu lui-même coupable de l'une des fautes mentionnées aux paragraphes 4, 5, 6 et 7 du présent article, il serait par là privé du droit de l'opposer à la demanderesse.

Art. 51. — Si, après l'instruction, il reste des doutes au Tribunal sur la culpabilité ou l'innocence du défendeur, il peut lui déférer le serment, si les apparences sont en sa faveur, ou, dans le cas contraire, le déférer à la demanderesse.

Art. 52. — La partie admise au serment peut être renvoyée préalablement à l'instruction religieuse, pour qu'elle comprenne mieux l'importance de cet acte.

Art. 55. — Le condamné doit payer sa part contributive à l'entretien et à l'éducation de l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 17 ans révolus.

Cette somme est payée par semestre à la mère ou à la commune, si la mère est assistée.

Dans le cas où l'enfant viendrait à mourir avant l'âge de 17 ans, le semestre de sa mort serait censé achevé et le paiement intégral en serait exigible.

N^o II. *Système de la maternité pure.*

SECTION II.

Constatation de la paternité.

Art. 10. — La paternité est constatée par la reconnaissance volontaire, faite par le père, et, exceptionnellement, par un jugement

Art. 16. — La paternité peut être constatée par jugement, lorsqu'il est prouvé que l'enfant, dont on ne peut produire l'acte de reconnaissance, a cependant été légalement reconnu.

Art. 17. — En cas de viol ou d'enlèvement, quand l'époque de ces faits coïncidera avec le temps de la conception, leur auteur pourra pareillement, sur la demande des parties intéressées, être déclaré le père de l'enfant.

Art. 18. — Hors les trois cas spéciaux mentionnés dans les deux articles précédents, la recherche de la paternité est absolument interdite

Art. 21. — L'action de l'enfant, en paternité ou en maternité, est imprescriptible; aucune transaction ne peut lui être opposée.

Projet de loi sur les enfants naturels.

(1869)

CHAPITRE 3.

De l'action en paternité.

Art. 12. — Sauf les exceptions prévues aux art. 6 et 22, la fille ou femme à sa première grossesse illégitime est admise à intenter l'action en paternité.

En cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'enlèvement ou le viol se rapporte à l'époque de la conception, l'auteur du rapt ou du viol peut, sur la demande des parties intéressées, être déclaré père de l'enfant, sous réserve des cas prévus à l'art. 6.

Art. 13. — Il incombe à l'accusatrice d'établir que, dans le

temps qui a couru depuis le 300^{me} au 180^{me} jour avant la naissance de l'enfant, le prétendu père a cohabité avec elle.

Art. 14. — Le défendeur, reconnu fondé à opposer l'une des exceptions ci-après, est libéré de la paternité :

- a) si l'actrice a cohabité avec un autre homme dans le terme prévu à l'art. 13 ;
- b) si, à l'époque indiquée de la cohabitation, il était, soit pour cause d'éloignement, soit pour une autre cause dans l'impossibilité physique de cohabiter avec l'actrice.

Art. 15. — La preuve des faits allégués par la mère se fera par titres ou par témoins.

Art. 16. — Lorsque la mère n'aura pas fait la preuve des faits allégués par elle ou lorsque les faits qu'elle aura prouvés ne seront pas décisifs, le Juge pourra, selon les circonstances, déférer ou le serment supplétoire à la mère ou le serment purgatoire au défendeur.

Art. 17. — L'opposition de l'accusé à la prestation du serment supplétoire de la part de l'accusatrice est autorisée dans les cas suivants :

- a) lorsque l'accusatrice n'a pas déclaré sa grossesse au Juge avant le 180^{me} jour, dès le commencement présumé de celle-ci. Sont réservés les cas de violence, de menaces et de dol ;
- b) lorsque l'accusatrice a varié dans ses déclarations au sujet de la paternité ;
- c) lorsque l'accusatrice a été condamnée criminellement ;
- d) lorsque les couches ont lieu avant le 180^{me} ou après le 300^{me} jour à dater de l'époque indiquée de la cohabitation.

Art. 18. — Le Juge requiert d'office la preuve que la partie appelée à soutenir sa déclaration par serment est suffisamment instruite de l'importance de cet acte.

Art. 20. — L'action en paternité ne pourra être intentée par une étrangère contre un indigène, qu'autant qu'elle prouvera que cette action serait aussi admise dans son pays en faveur d'une ressortissante de ce canton contre un indigène.

Art. 28. — L'enfant naturel reconnu par le père ou adjugé à celui-ci est à la charge de la mère pendant un terme de 4 à 8 ans,

à dater de l'époque de la naissance; mais le père doit payer à la mère une indemnité annuelle de 50 à 200 fr., exigible par semestre et d'avance.

Art. 30. — Toutefois, si la mère veut garder l'enfant plus longtemps, le père doit continuer à lui payer l'indemnité annuelle fixée ci-dessus jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 10 ans révolus, à moins que, dans l'intérêt de ce dernier, l'autorité tutélaire ne trouve qu'il doit être remis au père.

Art. 37. — Lorsque le père appartient à un pays dans lequel la recherche en paternité n'est pas admise, la mère a contre lui une action en dommages-intérêts équivalente à l'indemnité statuée aux art. 28 et 30.

Proposition de loi.

(Projet BÉRENGER.)

Art. 1^{er}. — L'art. 340 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

La recherche de la paternité est interdite, sauf les cas :

- 1^o d'enlèvement, de viol ou de séduction, lorsque l'époque de l'enlèvement, du viol ou de la séduction se rapportera à celle de la conception ;
- 2^o de possession d'état dans les conditions prévues par l'article 321 du Code civil.

Art. 2. — L'action en recherche de paternité ne peut être intentée que par l'enfant ou en son nom.

Elle se prescrit par 6 mois, à dater de sa majorité.

Elle ne peut être exercée pendant sa minorité qu'après avis favorable du conseil de famille et désignation d'un tuteur *ad hoc* chargé de le représenter dans l'instance.

Art. 3. — Elle est soumise à l'accomplissement des formalités prescrites en matière de séparation de corps par les art. 875, 876, 877, 878 §§ 1 et 2, et 879 du Code de procédure civile.

Art. 4. — La preuve par témoin n'est admise que dans les conditions de l'art. 323 et sous réserve de la preuve contraire, conformément à l'art. 324 du Code civil.

Proposition de loi.

(Projet RIVET.)

Art. 1^{er}. — La recherche de la paternité est admise, pourvu qu'il y ait preuves écrites ou faits constants ou témoignages suffisants.

Art. 2. — Si le père refuse d'épouser la mère, celle-ci est en droit de réclamer des dommages-intérêts.

Art. 3. — La femme peut déclarer sa grossesse, désigner le père et commencer l'instance trois mois avant sa délivrance.

Art. 4. — Pendant la minorité de l'enfant, l'action en recherche de la paternité appartient à la mère ou au tuteur.

Art. 5. — L'action se prescrit par 6 mois, à partir de la majorité de l'enfant.

Art. 6. — La fille âgée de plus de 25 ans ne sera pas admise à poursuivre un mineur de 18 ans.

Art. 7. — Les revendications de paternité reconnues calomnieuses et de mauvaise foi seront poursuivies et punies des peines applicables en matière de diffamation.

Art. 8. — Est abrogé l'art. 340 et toute disposition contraire à la présente loi.

Avant-Projet de révision du Code civil belge

par M. LAURENT

SECTION I. Des enfants naturels.

§ III. — *De la recherche de la paternité et de la maternité.*

Art. 319. — La recherche de la paternité est interdite. Elle est admise, par exception, en faveur des parties intéressées :

- 1^o En cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à l'époque de la conception, le ravisseur ou l'auteur du viol pourra être déclaré père de l'enfant ;

2° en cas de promesse de mariage ou de séduction, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit de la promesse ou de la séduction, ou lorsque les présomptions résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale.

Art. 320. — La femme peut réclamer des dommages-intérêts quand il y a un engagement contracté en sa faveur et dans les cas où la recherche de la paternité est admise.

Projet de M. van Berchem.

CHAPITRE III. Des enfants nés hors mariage.

SECTION I. De la filiation des enfants nés hors mariage et de leurs droits.

Art. 36. — La recherche de la paternité n'est autorisée que dans les cas suivants :

- 1° S'il y a aveu de la paternité résultant soit d'actes ou d'écrits quelconques émanés du père prétendu, soit de faits et circonstances dont la réunion caractérise la possession d'état d'après l'art. 18 ;
- 2° si le père prétendu a été condamné du chef d'enlèvement, du chef d'arrestation, de détention ou de séquestration arbitraire, du chef de viol ou même du chef d'attentat à la pudeur consommé sans violence sur la personne d'une fille âgée de moins de 15 ans accomplis, lorsque l'époque de ces infractions se rapporte à celle de la conception ;
- 3° s'il y a eu séduction par promesse de mariage, abus d'autorité ou manœuvres frauduleuses, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit, tel qu'il est déterminé par l'art. 21 de la promesse de mariage, de l'abus d'autorité ou des manœuvres frauduleuses, ou que des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants soient assez graves pour déterminer la preuve testimoniale de ces diverses circonstances.

Art. 37. — Après avoir constaté l'existence des conditions auxquelles la recherche de paternité est admissible aux termes de l'ar-

ticle 36, le Juge décide, suivant les circonstances de la cause, si l'enfant a pour père celui qu'il réclame.

Art. 38. — Les enfants dont la reconnaissance est interdite ne sont pas admis à la recherche de la paternité ou de la maternité.

Projet Lejeune.

Article premier. — La recherche de la paternité est autorisée dans les cas suivants :

- 1° S'il y a aveu de la paternité résultant, soit d'actes ou d'écrits quelconques émanés du père prétendu, soit de faits ou circonstances dont la réunion caractérise la possession d'état d'après l'art. 321 du Code civil ;
- 2° si le père prétendu a été condamné du chef d'enlèvement, du chef d'arrestation, de détention ou de séquestration arbitraires, du chef de viol ou même du chef d'attentat à la pudeur consommé sans violence sur la personne d'une fille de moins de 14 ans accomplis lorsque l'époque de ces infractions se rapportent à celle de la conception ;
- 3° s'il y a eu séduction par promesse de mariage, abus d'autorité ou manœuvres frauduleuses, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage, de l'abus d'autorité, ou des manœuvres frauduleuses, ou que des présomptions ou indices résultants de faits dès lors constants soient assez graves pour déterminer la preuve testimoniale de ces diverses circonstances.

Le commencement de preuve par écrit résulte de tous actes, écrits, papiers ou lettres émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante.

Art. 2. — Après avoir constaté l'existence des conditions auxquelles la recherche de la paternité est admissible, aux termes de l'art. 1, le Juge décide, suivant les circonstances de la cause, si l'enfant a pour père celui qu'il réclame.

Art. 3. — Ne sont pas admis à la recherche de la paternité :

Les enfants nés de personnes dont l'une était, à l'époque de la conception, unie par le mariage avec une autre personne ;

les enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage est interdit pour cause de parenté en ligné collatérale au 2^{me} degré.

Art. 7. — L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

Art. 12. — Le père, vis-à-vis duquel la filiation de l'enfant naturel est constatée conformément aux dispositions qui précèdent, est tenu de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever.

Il doit des aliments à son enfant naturel, à ses descendants légitimes, ainsi qu'au conjoint de l'enfant naturel ou de ses descendants légitimes, dans les cas et de la manière qui sont déterminés par les art. 205 et 211 du Code civil.

Cette dernière obligation est réciproque.

Elle ne peut être réclamée, soit du père naturel, soit de l'enfant naturel, de ses descendants légitimes et du conjoint de l'enfant naturel ou de ses descendants légitimes, si les personnes tenues de la dette alimentaire envers les uns ou les autres, aux termes des prédicts art. 205 à 211, sont elles-mêmes hors d'état d'y satisfaire...

Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich.

6. TITEL. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

§ 1705. — Das uneheliche Kind hat im Verhältniss zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.

§ 1708. — Der Vater des unehelichen Kindes ist verpflichtet, dem Kinde bis zur Vollendung des 16^{ten} Lebensjahrs den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt zu gewähren.

Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe.

Ist das Kind zur Zeit der Vollendung des 16^{ten} Lebensjahrs infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen ausser Stande, sich selbst zu unterhalten, so hat ihm der Vater auch über diese Zeit hinaus Unterhalt zu gewähren; die Vorschrift des § 1603 Abs. 1 findet Anwendung.

§ 1709. — Der Vater ist vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten des Kindes unterhaltspflichtig.

Soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde den Unterhalt gewährt, geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater auf die Mutter oder den Verwandten über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteil des Kindes geltend gemacht werden.

§ 1710. — Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren.

Die Rente ist für 3 Monate vorauszuzahlen. Durch eine Vorausleistung für eine spätere Zeit wird der Vater nicht befreit.

Hat das Kind den Beginn des Vierteljahrs erlebt, so gebührt ihm der volle auf das Vierteljahr entfallende Betrag.

§ 1711. — Der Unterhalt kann auch für die Vergangenheit verlangt werden.

§ 1712. — Der Unterhaltsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters; er steht dem Kinde auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben ist.

Der Erbe des Vaters ist berechtigt, das Kind mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Sind mehrere uneheliche Kinder vorhanden, so wird die Abfindung so berechnet, wie wenn sie alle ehelich wären.

§ 1713. — Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tode des Kindes, soweit er nicht auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen nicht Erfüllung für die Vergangenheit oder auf solche im voraus zu bewirkende Leistungen gerichtet ist, die zur Zeit des Todes des Kindes fällig sind.

Die Kosten der Beerdigung hat der Vater zu tragen, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben des Kindes zu erlangen ist.

§ 1714. —

§ 1715. — Der Vater ist verpflichtet, der Mutter die Kosten der Entbindung, sowie die Kosten des Unterhalts für die ersten 6 Wochen nach der Entbindung und, falls infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen notwendig werden, auch die dadurch entstehenden Kosten zu ersetzen. Den gewöhnlichen Betrag der zu ersetzenden Kosten kann die Mutter ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand verlangen.

Der Anspruch steht der Mutter auch dann zu, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben oder wenn das Kind tod geboren ist.

Der Anspruch verjährt in vier Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf von 6 Wochen nach der Geburt des Kindes.

§ 1716. — Schon vor der Geburt des Kindes kann auf Antrag der Mutter durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, dass der Vater den für die ersten 3 Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt als bald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen hat. In gleichen Weise kann auf Antrag der Mutter die Zahlung des gewöhnlichen Betrags der nach § 1715 Abs. 1 zu ersetzenden Kosten an die Mutter und die Hinterlegung des erforderlichen Betrags angeordnet werden.

Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

§ 1717. — Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne des §§ 1708 bis 1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, dass auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch ausser Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem 181. bis zu dem 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluss sowohl des 181. als des 302. Tages.

Avant-projet d'un Code civil fédéral

(Traduction de M. le conseiller GOBAT.)

TITEL. VIII. De la filiation illégitime.

328. — L'enfant né hors mariage est l'enfant naturel de sa mère. Il est l'enfant naturel du père qui l'a reconnu ou dont la paternité a été reconnue par justice.

332. — La mère de l'enfant naturel pourra intenter action au père qui refuse de le reconnaître.

L'enfant a la même action.

333. — L'action sera intentée dans les 3 mois de la naissance de l'enfant naturel.

Elle ne pourra l'être, après ce délai, qu'en cas de retard dûment justifié.

334. — Lorsque le père vient à mourir avant l'expiration du délai de 3 mois ou pendant l'instance, l'action pourra être intentée dans le même délai ou continuée contre ses héritiers, pourvu qu'il soit établi que le père avait promis le mariage à la mère ou fait l'aveu de sa paternité.

335. — L'action tendra soit à l'indemnité, soit en même temps à la reconnaissance de la paternité avec ses conséquences par l'état-civil.

336. — L'action en paternité sera instruite, sauf pour ce qui concerne la compétence des tribunaux et l'admissibilité des exceptions, conformément aux lois cantonales de procédure.

Le serment n'est pas admis comme moyen de preuve.

337. — L'action en paternité sera intentée en Suisse, lorsque la mère ou l'enfant naturel ou le défendeur y ont leur domicile.

Elle est intentée devant le Juge du domicile du demandeur ou du défendeur.

338. — L'action ayant pour objet la reconnaissance de la paternité sera communiquée à la commune d'origine du défendeur, et celle-ci sera assignée en justice pour la conservation de ses droits.

339. — L'action en indemnité sera toujours intentée devant le Juge du domicile du défendeur, lorsque celui-ci est domicilié en Suisse.

340. — L'action non recevable à l'étranger pourra être intentée devant le Juge du lieu d'origine du défendeur, lorsque les parties sont de nationalité suisse et ne possèdent, de même que l'enfant, pas de domicile en Suisse.

341. — Le défendeur, dont la paternité est reconnue, sera condamné à indemniser la mère et l'enfant.

L'indemnité comprendra les dommages-intérêts à raison de l'accouchement et suivant les circonstances, à titre de réparation; en outre, la pension alimentaire de l'enfant.

Les indemnités réclamées par la mère lui sont accordées lors même que l'enfant est mort-né ou décédé avant le jugement.

342. — Il sera tenu compte pour la pension alimentaire des ressources de la mère, ainsi que de la fortune et des espérances du défendeur.

La pension alimentaire sera payée par trimestre et d'avance, jusqu'à ce que l'enfant ait pu se procurer une position indépendante suffisante, ou jusqu'à sa majorité.

Les héritiers du défendeur sont tenus envers l'enfant naturel non reconnu, de la pension alimentaire jusqu'à concurrence de la part que l'enfant aurait eue, s'il avait hérité le défunt.

343. — Le Juge prononcera la reconnaissance de la paternité du défendeur, dans le cas seulement où celui-ci a promis le mariage à la mère.

La reconnaissance pourra être prononcée en outre, lorsque le défendeur s'est rendu coupable de viol envers la mère ou d'abus d'autorité.

344. — Lorsque la mère était mariée au moment de la conception, l'action en paternité ne pourra être intentée qu'après le désaveu prononcé en justice de l'enfant dont elle est accouchée.

345. — L'action en indemnité ou en paternité n'est pas recevable, lorsque, à l'époque de la conception, la mère avait commerce illicite avec d'autres hommes ou menait mauvaise vie.

346. — L'enfant naturel qui suit la condition de la mère porte son nom, partage sa bourgeoisie et a, dans sa famille, les droits résultant de la filiation illégitime.

La mère exerce la puissance paternelle, à moins que l'autorité tutélaire ne donne un tuteur à l'enfant.

347. — L'enfant naturel, reconnu volontairement ou par autorité de justice, porte le nom de famille de son père, partage sa bourgeoisie et possède, à l'égard de la famille du père comme de la mère, les droits résultant de la filiation illégitime.

Le père exercera la puissance paternelle, à moins que l'autorité tutélaire ne laisse l'enfant à la mère ou ne lui donne un tuteur.

348. — La reconnaissance de paternité volontaire ou par autorité de justice sera déclarée d'office aux officiers d'état-civil du lieu de naissance de l'enfant et du lieu d'origine des père et mère.

TABLE

	Pages
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I ^{er} .	
DES DIVERS FONDEMENTS ASSIGNÉS AUX OBLIGATIONS DU PÈRE A L'ÉGARD DE SON ENFANT NATUREL	11
§ 1 La parenté	14
§ 2 Le délit	40
§ 3 Des conséquences résultant du système adopté.	52
CHAPITRE II.	
HISTORIQUE	61
§ 1 Droit ancien et droit coutumier	62
§ 2 L'ordonnance contre l'impureté (7 février 1764)	64
§ 3 Le décret du 3 juillet 1821	65
§ 4 Le Code civil (1834)	67
§ 5 La loi du 23 juin 1871	74
CHAPITRE III.	
DROIT ACTUEL	81
§ 1 Système adopté par la loi du 23 juin 1871.	81
§ 2 Discussion du système	98
CHAPITRE IV.	
CRITIQUES ET DEMANDES DE RÉFORMES	121
CONCLUSION	150
APPENDICE	153

ERRATA

- Page 22, note 2, au lieu de : d'Aguessau, lisez : d'Aguessau.
- » 29, » 1, au lieu de : c. S. X... lisez : c. 5. X...
- » 32, 11^{me} ligne, au lieu de : pertinent, lisez : pertinent.
- » 76, note 7, au lieu de : p. 1, lisez : p. 153.
- » 78, » 1, au lieu de : p. 3, lisez : p. 154.
- » 78, » 2, au lieu de : p. 8, lisez : p. 157.
- » 79, » 6, au lieu de : p. 9, lisez : p. 157.
- » 121, au lieu de : chap. V, lisez : chap. IV.

